



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN
CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD

Tesis presentada para optar el Grado Académico de
Maestro en Derecho con Mención en Constitucional y
Gobernabilidad

PRESENTADA POR:

OLINDA NOELIA DEL ROCIO ROJAS RUIZ

LAMBAYEQUE – PERÚ – 2015

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE AMPARO: LAMBAYEQUE
– 2013

OLINDA NOELIA DEL ROCIO
ROJAS RUIZ

CARLOS CEVALLOS DE
BARRENECHEA

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz
Gallo para optar el Grado de: MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN
CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD.

APROBADO POR:

VÍCTOR ANACLETO GUERRERO
PRESIDENTE

OSWALDO MENDOZA OTINIANO
SECRETARIO

MARIANO LARREA CHUCAS
VOCAL

Junio, 2015

DEDICATORIA

A Dios, quien siempre me cuida e ilumina, en Él todo lo puedo, porque Él me fortalece y me acompaña cada paso que doy; y a Mis Padres, por su amor, consejos, comprensión, apoyo, y porque me vienen forjando en mí espíritu de estudio y superación, porque me han dado todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi carácter, mi empeño, mi perseverancia, coraje para conseguir mis objetivos.

AGRADECIMIENTO

Muchas gracias a Dios, por acompañarme día a día, por la fortaleza, coraje e iluminar mi mente en el desarrollo de la presente tesis.

Agradezco y dedico la presente a Mis Padres Wilton Rojas y Nelly Ruiz, que con su gran amor, paciencia, trabajo, me guían día a día, me motivan hacia la culminación de mis metas, a mis hermanos quienes siempre me han apoyado con sus ideas y conocimientos.

TABLA DE CONTENIDOS

“LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE AMPARO:

LAMBAYEQUE – 2013”

a) CARATULA.....	1
b) DEDICATORIA.	3
c) AGRADECIMIENTO.	4
d) TABLA DE CONTENIDO	5
e) RESUMEN.	10
f) ABSTRACT.	11
g) INTRODUCCIÓN.	13

CAPITULO I.- ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	18
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	19
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	23
1.4. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	23
1.5. OBJETIVOS:	24
1.5.1. GENERAL:	24
1.5.2. ESPECÍFICOS:	24
1.6.- HIPÓTESIS Y VARIABLES.	25
1.6.1. HIPÓTESIS.....	25
1.6.2. VARIABLES.....	26

1.7.- MARCO METODOLÓGICO.....	28
1.7.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN, DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	28
1.7.2. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	30
1.7.2.1 POBLACIÓN.....	30
1.7.2.2 MUESTRA.....	31
1.7.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	31
1.7.3.1 TECNICAS.....	31
1.7.3.2. INSTRUMENTOS.....	32
1.7.4. METODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA EL PROCESAMIENTO DE DATOS.....	33
1.7.4.1. PRESENTACIÓN DE DATOS.....	33
1.7.4.2. PROCESAMIENTO DE DATOS.....	33
1.7.5. ANALISIS ESTADISTICOS DE LOS DATOS.....	34

CAPITULO II. MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTE DEL PROBLEMA.....	36
2.2. BASE TEÓRICA.....	40
2.2.1. ALCANCES DE FUNCIÓN JURISDICCIONAL.....	40
2.2.1.1. REQUISITOS	42
2.2.1.2. ELEMENTOS.....	42

2.2.2. DEBIDO PROCESO	44
2.2.2.1. ORIGEN DEL DEBIDO PROCESO.....	44
2.2.2.2. PRINCIPIO – DERECHO DEL DEBIDO PROCESO	47
2.2.3. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA	48
2.2.3.1. ORIGEN	48
2.2.3.2. DEFINICIÓN	49
2.2.3.3. REALCE	50
2.2.4. PROCESO DE AMPARO.....	52
2.2.4.1. NATURALEZA Y DEFINICIÓN	52
2.2.4.2. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE AMPARO	57
2.2.4.3. CLASES DE AMPARO.....	61
2.2.5. MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO DE AMPARO.....	63
2.2.5.1. ANTECEDENTES DE LA MEDIDA CAUTELAR.....	63
2.2.5.2. CONCEPTO DE LA MEDIDA CAUTELAR.....	65
2.2.5.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIDA CAUTELAR...67	
2.2.5.4. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES..68	
2.2.5.5. NECESIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE PROCESO CONSTITUCIONAL.....	77
2.2.5.6. PRESUPUESTOS PARA LA CONCESIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO DE AMPARO.....	79

2.2.5.7. FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES ...	87
2.2.5.8. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	89
2.2.5.9. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	91
2.2.6. MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE AMPARA O RECHAZA LA MEDIDA CAUTELAR.	95
2.2.7. IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y FINES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES –AMPARO.....	99
2.2.8. ZONA SENSIBLE DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE AMPARO.....	100

CAPITULO III.- RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.- MEDIDAS CAUTELARES DERIVADAS DE LOS PROCESOS DE AMPARO, CON UNA DISPOSICIÓN DE INOBSERVANCIA DE LOS FINES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES -AMPARO Y LA NATURALEZA SUI GENERIS-PRESUPUESTO QUE DEBE REUNIR, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE.....	103
3.1.1. INOBSERVANCIA DE LA NATURALEZA SUI GENERIS.....	104
3.1.1.1. MEDIDAS CAUTELARES TRAMITADAS.....	107
3.1.1.2. NÚMERO DE MEDIDAS CAUTELARES QUE MENOSCABAN LA NATURALEZA SUI GENERIS.....	114
3.1.2. FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	118

3.1.3. PROTEGER DERECHOS DEMANDADOS Y EVITAR QUE EL DAÑO SE VUELVA IRREPARABLE.....	119
3.2. FALTA DE ESPECIALIZACIÓN DE LOS OPERADORES DE JUSTICIA.	121
3.2.1. MAGISTRADOS DE LOS JUZGADOS Y SALAS CIVILES....	122
3.2.2. ESPECIALIDAD DE ABOGADOS AVOCADOS A LA DEFENSA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE AMPARO....	123
3.3. PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO	126
CONCLUSIONES.....	127
RECOMENDACIONES.....	129
BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	130
ANEXOS.....	139

RESUMEN

La presente investigación se realiza con la finalidad de estudiar la naturaleza de las medidas cautelares, función e importancia de ellas en el proceso de amparo, ya que hoy en día existe un indebido tratamiento del instituto cautelar.

El problema planteado es, ¿existe un debido tratamiento a las medidas cautelares derivadas del proceso de amparo, atendiendo a su naturaleza sui generis y fines de los procesos constitucionales, en el periodo 2013 – Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque?, teniendo como objetivo es, investigar y estudiar las medidas cautelares derivadas del proceso de amparo y si son atendidas de acuerdo a su naturaleza sui generis, esto es respetando los presupuestos del instituto cautelar; en ese sentido la hipótesis planteada es: en el Distrito judicial de Lambayeque se dictan medidas cautelares derivadas de los procesos de amparo, con tendencia de inobservancia a su naturaleza sui generis y los fines de los procesos constitucionales, debido a la falta de especialización de los operadores de justicia.

Contribuirá en conocimiento profundo de juristas, sobre el instituto cautelar en proceso de amparo: las características, presupuestos, importancia y la finalidad que tiene éste, para así enfrentar conflictos constitucionales y permitir brindar seguridad jurídica a las personas; lo que espera un justiciable es una resolución expedida por jueces que valoran por tener la formación constitucional, la doble dimensión subjetiva y objetiva que debe confluir en un proceso de amparo y en una medida cautelar.

Pareciera que los Jueces que conceden medidas cautelares, no

comprendieran la necesaria configuración de un proceso constitucional en el que se defienda también el orden público constitucional. Medidas cautelares que en oportunidades solo perturban gravemente el interés de las partes, sino que además sacrifican la protección de bienes constitucionales de carácter objetivo como la seguridad jurídica y la gobernabilidad.

ABSTRACT

The present investigation is realized for the purpose of studying the nature of the precautionary measures, function and importance of them in a process of amparo, since nowadays there exists an undue treatment of the precautionary institute.

The problem is, there a treatment due to the precautionary measures arising from the process of amparo, in response to its sui generis nature and purposes of the constitutional processes, in the period 2013 - Civil Courts of the Superior Court of Justice of Lambayeque?, taking as objective is, to investigate and study the precautionary measures resulting from the process of amparo and if they are served according to their sui generis nature, this is in compliance with the budgets of the prudential institute; in this sense, the hypothesis is: in the judicial district of Lambayeque is dictate precautionary measures arising from the amparo proceedings, with a tendency of non-compliance to the sui generis nature and purpose of the constitutional processes, due to the Lack of specialization of the operators of justice.

It will contribute in deep knowledge of Jurists, Institute injunction in the action for constitutional protection: characteristics, budgets, importance and the purpose that has this, to meet constitutional conflicts and allow to provide legal security to persons; what awaits a justiciable is a resolution issued by judges who value having the constitutional formation, the double dimension of subjective and objective that must converge in an action for constitutional protection and extent a precautionary.

It seems that the judges who granted measures precautionary, not understand the required configuration of a constitutional process in which to also defend constitutional order. Precautionary measures that only times they disturb seriously the interest of parties, but that they also sacrifice the protection of constitutional property of objective such as legal security and governance

INTRODUCCIÓN

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, consiste cuando el Estado brinde tutela jurídica al solicitante. Éste principio, no sólo se agota en el momento que las personas puedan recurrir a los órganos jurisdiccionales solicitando tutela de su derecho, sino que, además, esperan la expedición de sentencias en justicia y que estas sean ejecutables.

El tiempo que dura el proceso es algo que no depende exclusivamente del demandante, sino también del juez y del demandado, pues cada uno de estos sujetos requiere su propio tiempo para la actuación procesal, y en la mayoría de veces, ese curso de tiempo se extiende más allá de lo razonable, afectando con ello a la situación jurídica de las partes.

Para el problema del tiempo existe un instrumento procesal importante, tal es las medidas cautelares, que por sus características son procesos urgentes, provisorios, rápidos, destinados al servicio de las partes, básicamente al servicio del demandante, que tiene por objeto asegurar la eficacia de una sentencia que ampare una pretensión planteada en el proceso; es decir, está al servicio de la efectividad del proceso el cumplimiento del fallo definitivo. Dejándose claro, que este proceso no supone acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente de suministrar anticipadamente los medios idóneos para garantizar la efectividad de la sentencia.

Este instituto cautelar se configura aún más relevante cuando se encuentra a lado del proceso de amparo, por lo mismo que protege derechos constitucionales. Así pues, las medidas cautelares en vía de un proceso constitucional, tienen por finalidad: garantizar la ejecutoriedad de la sentencia,

de forma que se impida que la continuación de la situación-aparentemente vulnerante del derecho constitucional del demandante se vea en riesgo de irreparabilidad.

En este orden de ideas, éste instituto tal como se ha definido, podría ser una solución perfecta al problema del tiempo, pero grande es la sorpresa, al presentarse abusos cometidos por abogados y jueces a través de las medidas cautelares, debido a que son mal utilizadas, dejan de lado u obvian los presupuestos que debe reunir una medida cautelar para que sea concedida o rechazada, las resoluciones emitidas por el juzgador no son debidamente motivadas, las solicitudes presentadas por los abogados no se ajustan a derecho; presentándose pedidos exagerados, así como notorios excesos judiciales en su dictado, convirtiendo éste instrumento un medio para conseguir “derechos” que no corresponde al solicitante o demandante. Es oportuno, hacer menciona al autor Gustavo Gutiérrez, quien nos ilustra que, la medida cautelar hoy, se ha convertido en el medio idóneo para los litigantes maliciosos logren detener una decisión administrativa; ya que, en forma cotidiana, tanto en discotecas o los establecimientos dedicados al juego (casino y tragamonedas) contra las decisiones municipales que intentan clausurarlas, se han interpuesto medidas cautelares y que han sido amparadas, generando sin lugar a dudas inseguridad jurídica y perversión del orden público.

Sin embargo, lo que espera un justiciable es una resolución expedida por jueces que valoran por tener la formación constitucional, la doble dimensión subjetiva y objetiva que debe confluir en un proceso de amparo y en una medida cautelar, no con ello se está menospreciando o dejando de lado a los jueces que no son constitucionalistas, pero debe exigirse a estos últimos una mayor

especialización en el tema, es decir un perfil óptimo.

En ese sentido, es menester hacer mención al Tribunal Constitucional, el mismo que mediante el Expediente N° 0023-2005-PI/TC ha precisado que, "...el estado actual de desarrollo del Derecho procesal constitucional, los procesos constitucionales persiguen no sólo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también la comprenden la tutela objetiva de la Constitución. Pues la protección de los derechos fundamentales no sólo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional", como es el caso en el proceso de amparo, que al presentarse una medida cautelar en este proceso y no es debidamente tratada, pues menoscaba los derechos del justiciable y asimismo al propio ordenamiento jurídico.

Por ello es necesario estudiar las medidas cautelares en el proceso de amparo, saber identificar sus presupuestos, la finalidad que cumple, sus características e importancia, con la finalidad de impedir abusos o inadecuado tratamiento de este instrumento cautelar.

El objetivo es contribuir al correcto otorgamiento de las medidas cautelares, dándole a los operadores de justicia todas las herramientas para emitir una resolución adecuada y justificada en Derecho. Sin lugar a duda, nuestro sistema jurídico presenta defectos, pero somos nosotros los estudiosos o especialistas en cada tema o rama del Derecho para ir perfeccionándolo.

El problema planteado en la presente investigación es: ¿existe un debido tratamiento a las medidas cautelares derivadas del proceso de amparo,

atendiendo a su naturaleza sui generis y fines de los procesos constitucionales, en el periodo 2013 – Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque?, teniendo como objetivo es, investigar y estudiar las medidas cautelares derivadas del proceso de amparo, y si son atendidas de acuerdo a su naturaleza sui generis, esto es respetando los presupuestos del instituto cautelar.

La elección del presente problema de investigación se realiza porque actualmente se verifica el menoscabo que sufre este instituto cautelar en el proceso de amparo, el mismo que es de preocupación, ya que la finalidad de este en los procesos constitucionales es garantizar la ejecutoriedad de la sentencia, de forma que se impida que la continuación de la situación aparentemente vulnerante del derecho constitucional protegido.

La presente investigación tiene como objetivo general investigar y estudiar a las medidas cautelares derivadas del proceso de amparo si son atendidas de acuerdo a su naturaleza sui generis esto es respetando sus características, presupuestos que debe reunir, finalidad e importancia, y una vez hecho proponer mejoras. Los objetivos específicos son: a) determinar la naturaleza y características de las medidas cautelares; b) verificar si la teoría de la medida cautelar se aplican en los pronunciamientos de los jueces en procesos de amparo; c) estudiar la importancia del proceso de amparo; d) investigar el promedio actual de las medidas cautelares mal utilizadas en el proceso de amparo; e) estudiar la debida motivación de la medida cautelar; f) proponer un filtro estricto al tratamiento de las medidas cautelares derivadas del proceso de amparo con el fin de no cometerse más abusos, excesos y defectos en su dación.

La hipótesis arribada en la presente investigación es: en el distrito judicial de Lambayeque se dictan medidas cautelares derivadas de los procesos de amparo, con una tendencia de inobservancia a su naturaleza sui generis y los fines de los procesos constitucionales, debido a la falta de especialización de los operadores de justicia.

Es por ello, que el presente trabajo de investigación, se encuentra organizado de la siguiente manera: el primer capítulo está referido al análisis del objeto de estudio, su realidad problemática, formulación del problema, justificación, importancia, hipótesis, marco metodológico, población y muestra además de las técnicas e instrumentos de recolección así como el análisis estadístico de los datos; el segundo capítulo es el marco teórico que comprende la base teórica de los alcances de la función jurisdiccional, debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva; proceso de amparo y medidas cautelares en ellos las características, finalidad, presupuestos, zona sensible entre otros; el tercer capítulo analiza y discute los resultados de la investigación: refiriéndonos al tratamiento de las medidas cautelares en el proceso de amparo, y los índices que conllevan a menoscabar su naturaleza sui generis; y, finalizamos la presente investigación con las conclusiones, recomendaciones, bibliografía general y anexos.

CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. REALIDAD PROBLEMATICA.

Como la realidad lo demuestra, el tiempo que dura el proceso es algo que no depende exclusivamente del demandante, sino también del juez y del demandado; pues cada uno de estos sujetos requiere su propio tiempo para la actuación procesal. En la mayoría de veces, ese período de tiempo se extiende más allá de lo razonable, afectando con ello a la situación jurídica del demandante, las razones son varias, tales como: la carga procesal, la falta de presupuesto, la carencia de infraestructura, pero muchas veces también, el abuso en el ejercicio del derecho de defensa del demandado, entre más razones¹.

Entre los procesos, tenemos a las medidas cautelares que por sus características son procesos rápidos; destinados al servicio de las partes, básicamente al servicio del demandante, que tiene por objeto asegurar el cumplimiento del fallo definitivo y salvaguardar la eficacia del proceso². Éste proceso, no supone acelerar la satisfacción del derecho controvertido, “sino solamente de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza (...) o la ejecución forzada (...) del derecho, se produzcan, cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta, en condiciones prácticamente más favorables (...). En cambio en otros casos (...) la providencia interina trata de acelerar en vía provisoria la satisfacción del

¹ Cfr. PRIORI POSADA, Giovanni F. (2006). La Tutela Cautelar: Su Configuración Como Derecho Fundamental. Lima: ARA Editores, pág. 27.

² Cfr. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. (2012). Régimen de las Medidas Cautelares en los Procesos Constitucionales de Tutela de Derechos. Revista: Gaceta Constitucional, N°7, Lima: Gaceta Jurídica, pág. 17

derecho, porque el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene el juicio de mérito”³.

Asimismo, cabe precisar que, es deber del juez constitucional dotar de preferencia debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de los pedidos cautelares que conozca, por tratarse de la naturaleza *sui generis* de la medida cautelar; de no ser así, éste instituto se convertiría en un instrumento inoperante, resquebrajando la capacidad de respuesta de la jurisdicción constitucional frente a los actos violatorios de derechos fundamentales que provienen de las autoridades públicas, y mellando el propio principio-derecho de dignidad humana.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se define como el derecho inherente que goza toda persona por el solo hecho de serlo, y consiste en que el Estado le brinde tutela jurídica cuando lo solicite. Éste principio, no sólo se agota en el momento que las personas puedan recurrir a los órganos jurisdiccionales solicitando tutela de su derecho, sino que, además, esperan la expedición de sentencias en justicia y no arbitrarias. Entonces, “la tutela es el instrumento para ser efectivo los derechos reconocidos a los ciudadanos y salvaguardar las

³ MESÍA RAMÍREZ, Carlos. (2012). Régimen de las Medidas Cautelares en los Procesos Constitucionales de Tutela de Derechos. Op. Cit., pág. 17.

infracciones jurídicas, la eficacia es la obtención de una respuesta cierta y fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas”⁴. Sin embargo, a este derecho en oportunidades lo vulneran y se convierte en tutela jurisdiccional inoperante o ineficaz, menoscabando el derecho del justiciable. Así tenemos que, la tutela jurisdiccional efectiva, no supone que la judicatura, *prima facie*, sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es, pues, que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de la administración de Justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado.

Creándose el instituto de la medida cautelar, el mismo que está orientado en su carácter instrumental a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de procesos que adolecen de dilaciones indebidas o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la duración ordinaria de los procesos.

Éste instituto tal como se ha definido, podría ser una solución perfecta al problema del tiempo, pero grande es la sorpresa, al observar que, existen abusos que se han cometido a través de las medidas cautelares, debido a que son mal utilizadas, muchas veces, a través de estas otorgan derechos impensables, o las resoluciones no son debidamente motivadas por el juez; se

⁴ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. (2001). El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia. Lima: Palestra Editores, pág. 19.

han presentado pedidos exagerados efectuados por parte de algunos abogados ya que en oportunidades lo que buscan es impedir un acto que no vulnera derecho alguno, así como notorios excesos judiciales en su dictado, convirtiendo éste instrumento un medio para conseguir “derechos” que no corresponde al solicitante o demandante.

Tal es el caso, que ilustra el autor Gustavo Gutiérrez, señala, la medida cautelar es convertida en el medio idóneo para los litigantes maliciosos logren detener una decisión administrativa. “Ocurre en forma cotidiana con las discotecas o los establecimientos dedicados al juego (casino y tragamonedas) contra las decisiones municipales que intentan clausurarlas. A la fecha por ejemplo se calculan más de 500 establecimientos de juegos de casinos y tragamonedas que vienen operando con medidas cautelares, lo cual genera sin lugar a dudas inseguridad jurídica y perversión del orden público”⁵.

En este orden de ideas, se demuestra el inadecuado uso de la medida cautelar, la misma que está pensada para proteger la eficacia de la sentencia y, por lo tanto, proteger derechos fundamentales. Sin embargo, abogados como jueces dejan de lado u obvian los presupuestos que debe reunir una medida cautelar para que sea concedida, estos presupuestos son: exigir apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión; todos estos requisitos son los que se deben probar para la concesión de la tutela cautelar.

Las medidas cautelares constituyen uno de los institutos procesales más eficaces para la tutela de los derechos e intereses de los justiciables, pues tiene

⁵ GUTIÉRREZ TICSE, Gustavo. (2007). Todo Sobre el Código Procesal Constitucional: Con las Reformas de la Ley N° 28946. Lima: MFC., págs. 257-258.

por finalidad garantizar el cumplimiento de la futura decisión definitiva. Y, ésta finalidad será más relevante cuando deriven las medidas cautelares del proceso de amparo, ello en virtud que éste proceso constitucional está destinado a proteger derechos fundamentales.

La función esencial de la acción de Amparo, es la protección de los derechos constitucionales, para que su manto protector se extienda sobre ellos, es necesario que se cumpla la condición fundamental de su existencia previa al acto u omisión cuyos efectos se quiere abolir, y es por medio de la medida cautelar que el demandante asegura su derecho que la futura sentencia le sea favorable.

En el artículo 2 del Código Procesal Constitucional indica que: “los fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”⁶. Por ello, la mejor tutela de los derechos fundamentales será mediante el proceso de amparo y de las normas procesales que la regulan.

La finalidad del proceso de amparo, así como de las medidas cautelares dictadas en su trámite, es la protección de derechos fundamentales, otorgando una tutela pronta acorde a las circunstancias. Esta situación acarrea que las facultades del juez no deje de lado la naturaleza de las medidas cautelares y los fines de los procesos constitucionales para salvaguardar los derechos de las partes. Pero, ésta visión tutelar de las medidas cautelares, como se ha podido observar en lo expuesto, ha conducido a nuestros jueces a incurrir en defectos y excesos en su dación, por lo que resulta necesario verificar si la emisión de

⁶ CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (LEY 28237)

resoluciones cautelares en los procesos de amparo, partiendo para ello de la naturaleza ontológica de las medidas cautelares.

1.3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Existe un debido tratamiento a las medidas cautelares derivadas del proceso de amparo, atendiendo a su naturaleza sui generis y fines de los procesos constitucionales, en el periodo 2013 – Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque?

1.4 JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

Nos interesa conocer, cual es el tratamiento que se viene dando a las medidas cautelares, en caso sean mal utilizadas, se otorgan derechos impensables y no son debidamente motivadas o existen defectos o excesos en su dación dentro del proceso de amparo; para conocer sí se le está dando el debido trato o caso contrario subsanar la omisión a través de estudios minuciosos, ello en razón para que éste instrumento no se convierta inservible.

Resulta muy esencial para el otorgamiento de la medida cautelar que el juzgador conozca y no obvie los presupuestos que debe reunir y así salvaguardar su naturaleza sui generis, de esta manera proporcionar seguridad al justiciable.

Asimismo, es indispensable que dicha medida resulte efectiva para la protección de los derechos fundamentales por cuanto deriven de los procesos de

amparo, y de esta manera no menoscabe el derecho del solicitante, y por ende los principios constitucionales; en definitiva este trabajo se justifica para abolir los abusos que se le da a la medida cautelar, excesos y defectos en su dación, y corregir este tipo de prácticas, que terminan desnaturalizando el proceso.

Asimismo, conocer cuál es la frecuencia o nivel de incidencia de las medidas cautelares derivadas del proceso de amparo.

Se espera que la investigación contribuya a generar reflexión sobre el instituto cautelar en el proceso de amparo, ya que es el medio para garantizar la efectiva tutela en los derechos fundamentales.

Por último, la presente investigación es substancial porque hasta el momento no se ha realizado constataciones empíricas, destinadas a establecer el rango que el uso de una y otra forma de las medidas cautelares derivadas del proceso de amparo, que presentan en los Juzgados Civiles de Chiclayo.

1.5 OBJETIVOS

1.5.1. Objetivos generales:

Investigar y Estudiar a las medidas cautelares derivadas del proceso de amparo si son atendidas de acuerdo a su naturaleza sui generis, esto es respetando sus características, prepuestos que debe reunir, y finalidad.

1.5.2. Objetivos específicos:

- a) Determinar la naturaleza y características de las medidas cautelares.

- b) Verificar si la teoría de la medida cautelar se aplican en los pronunciamientos de los jueces en procesos de amparo.
- c) Estudiar la importancia del proceso de amparo
- d) Investigar el promedio actual de las medidas cautelares mal utilizadas en el proceso de amparo.
- e) Estudiar la debida motivación de la medida cautelar.
- f) Proponer un cambio para mejorar el tratamiento de las medidas cautelares derivadas del proceso de amparo con el fin de no cometerse más abusos, excesos y defectos.

1.6. HIPÓTESIS Y VARIABLES

1.6.1. HIPÓTESIS

En el distrito judicial de Lambayeque se dictan medidas cautelares derivadas de los procesos de amparo, con una tendencia de inobservancia a su naturaleza sui generis y los fines de los procesos constitucionales, debido a la falta de especialización de los operadores de justicia.

1.6.2. VARIABLES

VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES	SUB INDICADORES	ÍNDICES	TÉCNICAS
Medidas cautelares derivadas de los procesos de amparo, con una alta tendencia de inobservancia de los principios constitucionales y la naturaleza sui generis en el distrito judicial de Lambayeque	Inobservancia de la naturaleza sui generis	Numero de medidas cautelares tramitadas	Con observancia de la naturaleza sui generis J.C – CSJL-2013	Fichaje
				Encuesta
		Disposición	Sin observancia de la naturaleza sui generis J.C – CSJL-2013	Observación
				Encuesta
	Inobservancia de los principios constitucionales	Medidas cautelares tramitadas	Con observancia de los principios constitucionales	Fichaje
				Encuesta
			Con inobservancia de los principios constitucionales	Fichaje
				Encuesta

		Disposición	Medidas cautelares en proceso de amparo de Enero a Diciembre 2013 con inobservancia de los principios constitucionales	Fichaje
	Finalidad de las medidas cautelares	Proteger derechos demandados	Casos en el que se protegió el derecho demandado	Fichaje
				Entrevista
		Evitar que el daño se vuelva irreparable	Casos en el que fueron declarados improcedentes	Fichaje
				Entrevista
			Casos en el que se evitó que el daño se vuelva irreparable	Fichaje
				Encuesta
			Casos en que el daño se volvió irreparable	Fichaje
				Encuesta
VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	SUB INDICADORES	ÍNDICES	TÉCNICAS
	Magistrados de los Juzgado Civiles -CSJL	Con Especialización		Encuesta

Falta de especialización de los operadores de justicia.		en Derecho Constitucional	En medidas cautelares del proceso de amparo	
		Con cursos de Capacitación en Derecho Constitucional		Entrevista
		Sin capacitación en Derecho Constitucional		
	Abogados de Chiclayo	Con Especialización en Derecho Constitucional	En medidas cautelares del proceso de amparo	Encuesta
		Con cursos de Capacitación en Derecho Constitucional		
		Sin capacitación en Derecho Constitucional		

1.7. MARCO METODOLOGICO

1.7.1. TIPO Y NIVEL DE LA INVESTIGACION, DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS

Es un estudio descriptivo, pues se describirá la suma importancia de la medidas cautelares, del proceso de amparo, y la los requisitos que debe reunir las medidas cautelares; y más aún estas derivadas del proceso de amparo, ya que éste proceso tiene como propósito esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o amenazas inminentes de su transgresión. Así pues conocimiento la esencia de los requisitos, está será ejercida en el rechazo o aceptación de la solicitud cautelar, por lo que se enfocará detalladamente su naturaleza sui generis de las medidas cautelares; nuestro propósito es describir la situación actual del tratamiento que se le dan a las medidas cautelares en el proceso de amparo, para ello necesitamos considerable conocimiento de sus requisitos a fin de delimitarlos y así evitar que exista un inadecuado uso de estas.

Asimismo, es un estudio en el que se pone en práctica el método científico, el mismo que consiste en reconstruir en el laboratorio la realidad observada que es materia de investigación, describiéndola detalladamente en todos sus aspectos y dimensiones; luego, siguiendo el procedimiento de la abstracción científica, el cual consiste en un análisis netamente de laboratorio, se tratará de encontrar las causas lógicas que están motivando el problema materia de investigación, de esta manera espero demostrar la hipótesis y arribar a encontrar leyes de rigor científico que permitan explicar la problemática. Es decir, una vez teniendo el conocimiento de las medidas cautelares en el proceso de amparo, es decir la importancia de su función y los requisitos que debe reunir estas, se utilizarán instrumentos para ser aplicados en parte de nuestra situación actual (muestra), con lo obtenido se procederá a analizarlos y arribar a encontrar leyes de rigor científico que permitan explicar la problemática.

1.7.2. POBLACION Y MUESTRA

1.7.2.1. Población

- a) Expedientes tramitados en el año 2013 de los Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque –Chiclayo, estos son:

Primer juzgado civil de Chiclayo

Segundo juzgado civil de Chiclayo

Tercer juzgado civil de Chiclayo

Cuarto juzgado civil de Chiclayo

Quinto juzgado civil de Chiclayo

Sexto juzgado civil de Chiclayo

Séptimo juzgado civil de Chiclayo

- b) Se considera también como población para efectos de la presente investigación, el número de jueces de los juzgados arriba mencionado aunado a ello los jueces de las dos Salas Civiles, es decir suman trece jueces. Se tiene las siguientes Salas:

Primera Sala civil

Segunda Sala civil

- c) Asimismo, a los Abogados de la Región Lambayeque, quienes emitirán opinión sobre el problema investigado.

1.7.2.2. Muestra

De la investigación realizada sobre la organización de ingresos de expedientes a los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque: 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 7°, se tiene que durante el año 2013 se han tramitado un aproximado de ciento treinta expedientes de medidas cautelares en un proceso de amparo, de los mismos, se está tomando el 50% que en mi criterio constituye una muestra significativa, los que serán seleccionados al azar de los Juzgados Civiles.

Asimismo los trece magistrados conocedores de los expedientes mencionados en el párrafo anterior, se tomará en cuenta para esta investigación.

Y por último, existiendo un promedio de 5000 abogados de los cuales 2000 son abogados hábiles y de estos últimos son un aproximado de 100 abogados que se dedican a la defensa particular en materia de derecho constitucional, se tomará el 50% para aplicar los instrumentos de la presente tesis.

1.7.3. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

1.7.3.1. TÉCNICAS:

a.- Fichaje.- Se utilizarán fichas bibliográficas, fichas de investigación documental, fichas de campo, etc., con lo cual se van obtener datos de los archivos de los Juzgados Civiles, de textos que se hayan publicado en materia de Derecho Constitucional, de resoluciones judiciales de los Juzgados Civil, y Jurisprudencia existente.

b.- Entrevista.- Se empleará la guía de entrevista; la cual será aplicada a los funcionarios Jurisdiccionales de los siete Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque y a los jueces que conforman las dos Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

c.- Encuesta.- Se empleará el cuestionario, el cual será aplicado a los abogados de la Región Lambayeque, según muestra determinada, encuestándose de preferencia aquellos que frecuentemente están inmersos en procedimientos cautelares derivados del proceso de amparo.

1.7.3.2. INSTRUMENTOS:

a.- La Ficha.- Es un instrumento que se utiliza en la técnica del fichaje, y servirá para localizar las fuentes y también para almacenar la información que se va obteniendo durante la investigación.

b.- La Guía de Entrevista.- Es un instrumento que se utiliza en la técnica de la entrevista, y servirá para recoger información por parte de los funcionarios jurisdiccionales de los juzgados civiles que evalúan las medidas cautelares del proceso de amparo de los juzgados civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

c.- El Cuestionario.- Este instrumento se emplea en la técnica de la encuesta, y servirá para recoger información de abogados de la Región Lambayeque, según muestra determinada, de preferencia aquellos que frecuentemente están inmersos en procedimientos de medidas cautelares en un proceso de amparo.

1.7.4 METODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA EL PROCESAMIENTO DE DATOS

1.7.4.1. Presentación de Datos.- Los datos obtenidos serán presentados de la siguiente manera:

- a.- Los datos cualitativos, serán presentados en fichas.
- b.- Los datos cuantitativos, serán presentados en cuadros y gráficos.

1.7.4.2. Procesamiento de Datos.- Estado a lo precedentemente expuesto, el trabajo de gabinete comprenderá el siguiente procedimiento:

- a.- Crítica y discriminación de datos; los datos obtenidos y que se encuentran presentados en fichas, cuadros, gráficos y otros, serán evaluados por el investigador, para ver si estos se encuentran completos, si han sido correctamente obtenidos y si son auténticos, de tal manera que solamente nos quedaremos con aquellos datos que son confiables, mientras que no lo son, serán descartados.
- b.- Tabulación de datos; a los datos que hayan pasado el procedimiento de crítica y discriminación de datos, y que se encuentran presentados en fichas, cuadros, gráficos y otros, se les asignará un código a cada ficha, cuadro, gráfico u otro, el cual se hará teniendo en cuenta el esquema de investigación que se anexa al final del presente proyecto de investigación.

c.- Tratamiento de datos: Los datos que hayan sido tabulados, serán ordenados de acuerdo al código que se les haya asignado, para su correspondiente análisis, conforme a lo propuesto en el método de análisis, expuesto precedentemente.

1.7.5. ANALISIS ESTADISTICOS DE LOS DATOS

a) Fichaje

- De expedientes tramitados en el año 2013 en los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; se ha seleccionado una muestra de sesenta y cinco expedientes, con los que se va a proceder a evaluar cuadros estadísticos.
- Se verificará el trámite que se ha dado a cada uno de ellos, el estado del procedimiento en que ha quedado, cuantos han sido aceptados o rechazados las medidas cautelares del proceso de amparo y que actitud tomaron frente a su decisión.

b) Encuesta

- Se va a diseñar un cuestionario utilizando las técnicas de elaboración de preguntas del cuestionario.
- Luego para aplicar el cuestionario, se utiliza manuales y guías de encuesta.

- Posteriormente se aplicará la encuesta sobre la muestra seleccionada, la cual se va hacer en un solo día.
- Los cuestionarios, serán sometidos a un procedimiento de crítica y discriminación, a efectos de determinar aquellos que han sido correctamente aplicados de los incorrectamente aplicados, de tal manera que estos últimos sean rectificados o no considerados como dato, de tal manera que sólo trabajaremos con datos confiables.
- Los cuestionarios, que hayan aprobado la crítica y sean confiables, pasarán por un proceso de tabulación de datos, la cual consistirá en vaciar los datos a los cuadros de frecuencia, con los que se hará un análisis estadístico, para corroborar los datos cuantitativos; asimismo, con estos datos se construirán los cuadros y gráficos que nos ayudarán a explicar los resultados obtenidos.

c) Entrevista

- Se entrevistará a los siete Jueces de los Juzgados Civiles y a los magistrados que conforman las dos Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque -Chiclayo, respecto a su opinión del tratamiento que se les otorga a las medidas cautelares del proceso de amparo.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Se ha efectuado visitas indagatorias a diversas bibliotecas de las Universidades de Lambayeque -Facultades de Derecho, teniendo los siguientes resultados:

a) Como primer antecedentes tenemos, a la tesis denominada “Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso – Administrativo. Problemas, Análisis y Alternativas”, autor Javier Eduardo Jiménez Vivas, para obtener el grado de Magister de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, realizado en Lima – Perú en el año 2006. El trabajo de investigación se focaliza en el tratamiento que la ley, la jurisprudencia y la doctrina vienen dispensando a las medidas cautelares en el Proceso contencioso-administrativo, llegando el autor a concluir entre otros a que “el tratamiento jurisdiccional del instituto de las medidas cautelares, ofrece dudas y contradicciones en muchos de los procesos cautelares resueltos, lo cual surge como consecuencia de un impreciso texto legal y de un deficiente conocimiento de la teoría de las medidas cautelares en su aplicación al proceso contencioso – administrativo”; al respecto la presente tesis a investigar Las medidas Cautelares en el Proceso De Amparo y los Principios Constitucionales: Lambayeque 2012-2013 tiene como propósito estudiar y analizar el tratamiento actual que se le otorga a las medidas cautelares dictadas en un proceso de amparo, es decir si el juzgador civil al otorgar o no este instrumento profundiza y/o estudia las características de las medidas cautelares y más aun tratándose dentro de un proceso de amparo.

b) También encontramos, al trabajo de investigación denominada “La Medida Cautelar en el Proceso Constitucional del Amparo; Necesidad de Replantear su Tradicional Interpretación”, realizado por Mario César Flores Muñoz, en la Ciudad de México, Distrito Federal, 24 de septiembre de 2009. El autor analiza la situación actual de la medida cautelar en el proceso constitucional de amparo teniendo en cuenta dos características importantes dadas en su oportunidad por Suprema Corte de Justicia de la Nación - México; precisa que, siendo el “juicio de amparo el medio protector por excelencia del que dispone el gobernado para hacer frente al embate del arbitrario poder de la autoridad; a través de este medio de control, se hace imperar el respeto a los derechos fundamentales reconocidos el Ordenamiento Supremo”, es por ello, en el juicio de garantías se tiene la suspensión del acto reclamado como aquella medida cautelar que proveerá de vida al propio juicio. Al respecto, el autor rescata que ha sido la inclusión a nivel jurisprudencial de dos requisitos o condiciones más para conceder o no la medida cautelar en un proceso constitucional de amparo, estos son: la apariencia del buen derecho y peligro en la demora, sobre los que se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es por ello que rescata el avance a nivel jurisprudencia en el país de México en materia de medidas cautelares en un proceso constitucional de amparo, esto encaminado a garantizar una tutela judicial efectiva.

Ante lo expuesto, el presente trabajo de investigación propuesto, también enfocará legislación y/o jurisprudencia comparada con la finalidad de dar un mayor alcance o solución al problema expuesto, es decir, evaluar lo establecido en Perú, y observar cómo viene funcionando las medidas cautelares dentro del

proceso de amparo. Sin duda alguna estos dos requisitos la apariencia del buen derecho y peligro en la demora, son de importancia al momento de evaluar una medida cautelar, y mucho más presentándose este instrumento cautelar en un proceso de amparo, cabe la redundancia proceso constitucional que protege derechos fundamentales.

c) Asimismo tenemos como antecedente al Artículo denominado “La Crisis de las Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo” realizado por el jurista Cesar Bazán Seminario en Lima – Perú, en febrero del 2011. El autor sostiene que las medidas cautelares en el proceso de amparo constituyen una zona sensible que revela fortalezas y debilidades del sistema de justicia; esto en virtud de un análisis que realiza a partir de la modificación del régimen cautelar a favor de la inversión de recursos naturales hidrobiológicos y la reforma para favorecer a las grandes inversiones]]]; por lo que afirma, que las medidas cautelares en el amparo terminan protegiendo al capital antes que cumplir con su finalidad de tutelar derechos fundamentales. Precisa, que un adecuado funcionamiento o tratamiento de “las medidas cautelares en el amparo es un mecanismo idóneo para cumplir con la defensa de la persona y el respeto de su dignidad, es decir la razón de ser del Estado y la Sociedad”. Por lo que, el proceso de amparo está diseñado para tutelar derechos fundamentales y se caracteriza por ser un proceso con plazos breves; y más aún las medidas cautelares son un mecanismo más célere para proteger lo solicitado en la pretensión en el proceso de amparo, y esto se refleja cuando estamos ante un juez independiente, honesto, capaz y dedicado, entonces la decisión cautelar será la adecuada.

Al respecto, la presente tesis enfocará las medidas cautelares derivadas del proceso de amparo, y los principios constitucionales, analizando el tratamiento que se le otorga a este mecanismo de protección de derechos fundamentales a través de los criterios que adoptan los jueces civiles de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

2.2. BASE TEÓRICA

2.2.1. ALCANCES DE FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La Real Academia de la Lengua Española señala que jurisdicción es “poder o autoridad que tiene alguien para gobernar; poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”⁷.

La palabra jurisdicción proviene de la expresión latina *iuris dictio* que significa “decir Derecho” y alude a la función que asume el estado, a través de los jueces y tribunales, de administrar la justicia (dar a cada uno lo suyo)⁸, esto es aplicando el Derecho a los casos concretos que se les presentan. Es por ello que la función jurisdiccional y corresponde a los juzgados y tribunales determinados por las ejercer dicha función⁹.

El procesalista Giovanni Leone define la jurisdicción como el “poder del Estado de resolver un conflicto entre derechos subjetivos de conformidad con el derecho Objetivo”¹⁰, en este orden de ideas jurisdicción se entiende como aquella función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial; teniendo por fin la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico

⁷ Real Academia de la Lengua Española. “jurisdicción”, en: <http://lema.rae.es/drae/?val=juridiccion>, ubicado el 01 de diciembre de 2013

⁸ Cfr. CUSTODIO RAMÍREZ, Carlos Antonio. Principios y derechos de la función jurisdiccional consagrados en la Constitución Política del Perú, en: <http://img28.xooimage.com/files/4/d/3/principios-y-dere...del-per--108a369.pdf>, ubicado el 1 de febrero de 2014.

⁹ Cfr., Ibidem

¹⁰ ORE GUARDIA, Arsenio. (1996). Manual de derecho procesal penal. Lima: Edict alternativas, pág. 102

mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz social.

Es por ello, que la Constitución Política del Perú vigente, en su artículo 138°: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”¹¹.

La función jurisdiccional constituye, pues, una función pública, esencial del Estado, que consiste, básicamente, en resolver las contiendas que se susciten entre los individuos por violaciones que se hayan cometido contra el ordenamiento jurídico de ese Estado, restableciendo y aplicando dicho ordenamiento. Es por necesidad al ver el comportamiento conflictivo que existe entre las personas, el estado se ve obligado a resolver dichas situaciones jurídicas que contraviene o vulnera el ordenamiento jurídico, y eso lo hace a través de jueces o tribunales, es decir de un tercero dirimente¹².

Es aquella facultad de decidir, con fuerza vinculativa entre las partes ante una determinada situación o caso jurídico controvertido. La función jurisdiccional es una actividad del estado subordinada al orden jurídico, productora de derechos, en los conflictos concretos o particulares que se le someten para

¹¹ Constitución Política del Perú de 1993

¹² Cfr. Centro de Capacitación Judicial, en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4NxS6ky8t_wJ:www.justiciasantafe.gov.ar/portal/index.php/web/content/download/11350/50718/file/poder%2520judicial.odt+La+funci%C3%B3n+jurisdiccional+constituye,+pues,+una+funci%C3%B3n+p%C3%BAblica,+esencial+del+Estado,+que+consiste,+b%C3%A1sicamente,+en+resolver+las+contiendas+que+se+susciten+entre+los+individuos+por+violaciones+que+se+hayan+cometido+contra+el+ordenamiento+jur%C3%ADdico+de+ese+Estado,+restableciendo+y+aplicando+dicho+ordenamiento.+Es+por+necesidad&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=pe, ubicado el 13 de diciembre del 2013.

comprobar la violación de una regla de derecho y adoptar la solución adecuada¹³.

La finalidad del acto jurisdiccional es declarar imparcialmente el derecho de las partes sumergidas a la situación jurídica controvertida o de conflictos que son de su competencia. Es por ello, que todo acto jurisdiccional se encuentre frente a un conflicto de intereses que amerita la intervención judicial para mantener el derecho o la naturaleza del derecho controvertido.

2.2.1.1. REQUISITOS

Las circunstancias que se deben presentar para que se desarrolle la función jurisdiccional son las siguientes¹⁴:

- ✓ Conflicto entre las partes.
- ✓ Interés social en la composición del conflicto
- ✓ Intervención del estado mediante órgano correspondiente como tercero imparcial
- ✓ Actuación de la ley

2.2.1.2. ELEMENTOS

Los elementos que integran la función jurisdiccional son los siguientes:

¹³ Cfr. CUSTODIO RAMIREZ, Carlos Antonio. Principios y derechos de la función jurisdiccional consagrados en la Constitución Política del Perú. Op., cit.

¹⁴ Cfr. ORE GUARDIA, Arsenio. (1996). Manual de derecho procesal penal. Op., cit., pág. 102-104

- a) Notio¹⁵: es la facultad del juez para juzgar, para conocer el litigio, de examinar cada caso propuesto y decidir si tiene competencia o no. Como señala Florencio Mixon Mas es “el conocimiento en profundidad del objeto del procedimiento”.
- b) Vacatio¹⁶: es la facultad de hacer compadecer a las personas ante los juzgados, tanto a los sujetos procesales como a terceros, con la finalidad de esclarecer los hechos y llegar a la verdad concreta.
- c) Coertio¹⁷: es aquella potestad de emplear los medios necesarios como apremios o multas entre otras, que sirven para que se cumpla los mandatos judiciales. Es decir, mediante las medidas coercitivas necesarias para conducir el proceso dentro del normal desarrollo para que se cumplan los mandatos judiciales, pudiendo ordenar medidas cautelares personales son reales.
- d) Iudicium¹⁸: es la facultad del juez de juzgar, de examinar las pruebas de cargo y de descargo para finalmente concluir con la aplicación de una norma legal para el caso específico.
- e) Executio¹⁹: es la facultad de los jueces de hacer cumplir sus resoluciones, si es necesario bajo apremios, apercibimientos y otros medios que la ley faculte.

¹⁵ Cfr. CUSTODIO RAMIREZ, Carlos Antonio. Principios y derechos de la función jurisdiccional consagrados en la Constitución Política del Perú. Op., cit.

¹⁶ Ibídem

¹⁷ Ibídem

¹⁸ Ibídem

¹⁹ Ibídem

2.2.2. DEBIDO PROCESO

2.2.2.1. ORIGEN DEL DEBIDO PROCESO

El debido proceso tiene su origen en el Derecho Anglosajón, a través de la frase “*due process of law anglosajón*”²⁰, el cual se encuentra conformado por el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran la vigencia de los derechos fundamentales; y el debido proceso sustantivo, protege a los ciudadanos de leyes contrarias a los derechos fundamentales.

El jurista Fix Zamudio señala, “el Debido Proceso Legal es la traducción literal del concepto anglo – americano del “*due process of law*”²¹ consagrado en las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos, introducidas en 1789 y 1869 respectivamente, repercutiendo en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos y tomándose como la tradición española del proceso legal o “derecho de audiencia” o en un sentido lato derechos de defensa”²²

El proceso de “la incorporación del *due process of law* al constitucionalismo latinoamericano ha implicado la variación de su contenido. En Latinoamérica, el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertas

²⁰ La frase “*due process of law anglosajón*” es una variación de la contenida en la Carta Magna Inglesa de 1215 “*Per Legem Terrea!*, “*By Yhe Law Of The Land*”, lo que ha desarrollado un alcance no sólo personal, sino inclusive, informador de todo el ordenamiento jurídico. Extraído de GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. (2002). Derecho procesal constitucional; Amparo; doctrina y jurisprudencia. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pág. 138.

²¹ El jurista Quiroga señala que “el “*due process of law*” no es otra cosa que la institución de origen anglosajona referida al debido Proceso Legal como garantía con sustrato constitucional del procesal judicial, definida por un concepto que surge del orden jurisprudencial y de la justicia que respaldan la legitimidad de la certeza del derecho finalmente determinado en su resultado”. QUIROGA LEON, Aníbal. El Debido Proceso, los Derechos Humanos y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia. Extraído de: CHIABRA VALERA, María Cristina. (2012). Constitucional. Lima: Caballero Bustamante, pág. 92.

²² FIX ZAMUDIO, Hector. (1985) Ejercicio de las Garantías Constitucionales sobre la Eficacia del proceso. En XI jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Madrid, pág. 33.

formalidades de trámite y procedimiento que deben observarse para la emisión de una sentencia; mientras que el debido proceso sustantivo garantiza que las sentencias sean razonables”²³.

Asimismo la doctrina señala que existe:

- ✓ Debido Proceso Sustancial: exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justas, es decir, el gobierno no pueda limitar o privar arbitrariamente a los individuos de los derechos fundamentales²⁴. En otras palabras, los actos de poder deberán ser razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.
- ✓ Debido Proceso Procesal: conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos fenezcan ante la ausencia o insuficiencia, de un proceso o procedimiento se vean afectados por cualquier sujeto de derecho; por consiguiente, ningún órgano jurisdiccional puede privar a las personas de la vida, libertad o propiedad a excepción de que tenga la oportunidad de alegar y ser oída²⁵. Cabe precisar un derecho que sirve para asegurar “la eficacia o ejecución de las decisiones que se

²³ Varios Autores. Guía sobre la aplicación del Principio-Derecho del Debido Proceso en los procedimientos administrativos, en: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Gu%C3%ADa-del-debido-proceso-MINJUS.pdf>, ubicado el 1 de diciembre del 2013.

²⁴ Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. (2002). Derecho procesal constitucional: Amparo: doctrina y jurisprudencia. Op. cit., pág. 138

²⁵ Cfr. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. Ara editores, Lima, 2001, pág. 209

emitan, que hayan sido emitidas, y a que se dicten las medidas necesarias para que éstas se cumplan, por ejemplo, a través de las medidas cautelares (...)”²⁶; he aquí la íntima relación que se tiene con el problema planteado en la presente tesis.

Al respecto, mediante Expediente N.º 2940-2002-HC/TC²⁷, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

En su fundamento 2: “... El debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución vigente, es una garantía procesal compuesta de un conjunto de principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado.

En su fundamento 3: “El derecho al debido proceso dota, a quien es parte del mismo, de una serie de garantías esenciales durante su inicio, tramitación y conclusión. Estos derechos esenciales, sin ser taxativos, son los siguientes: de defensa, publicidad del proceso, a ser asistido y defendido por abogado, derecho a impugnar, derecho a la prueba, derecho a una justicia sin dilaciones indebidas y derecho a un juez imparcial”.

²⁶ Cfr. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. Ara editores, Lima, 2001, pág. 215.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 2940-2002-HC/TC., fundamento 2 y fundamento 3.

2.2.2.2. PRINCIPIO – DERECHO DEL DEBIDO PROCESO

Una vez más el Tribunal Constitucional sostiene que el debido proceso presenta dos expresiones: “la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”²⁸.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, señala, “el debido proceso tiene un contenido complejo pues no solo se encuentra conformado por las garantías reconocidas expresamente en las normas jurídicas, sino también por aquellas que se deriven del principio – derecho de dignidad de la persona humana y que resulten esenciales para que el proceso pueda cumplir con su finalidad. Por otro lado, cabe señalar que el Numeral 3 del Artículo 139° de la Constitución Política del Perú precisa que el debido proceso constituye un principio de la función jurisdiccional. Es decir, es un parámetro o criterio rector que debe ser observado por las autoridades que ejercen la función jurisdiccional (autoridades del Poder Judicial, TC, Comunidades Nativas y Campesinas, Fuero Militar, Arbitral y Electoral)”²⁹.

Al respecto, tanto la doctrina como jurisprudencia nacional sostienen que el debido proceso no solo constituye un principio aplicable a quienes ejercen

²⁸ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional 0023-2005-PI/TC.

²⁹ Varios autores. Guía sobre la aplicación del Principio-Derecho del Debido Proceso en los procedimientos administrativos. Op cit.

función jurisdiccional, sino también un derecho fundamental de toda persona; es decir el debido proceso es un principio y a la vez un derecho.

En este orden de ideas, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales. Por un lado, constituye un derecho subjetivo, que resulta exigible por todas las personas; y por otra parte, un derecho objetivo, dado que contiene una dimensión institucional que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia³⁰.

2.2.3. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

2.2.3.1. ORIGEN

La palabra tutela es sinónimo de guía y protección. Es la protección que obtiene el consumidor del servicio de justicia, lo hace sentir en cada etapa de un largo proceso, protegido y custodiado, que lo lleva al resultado de un pronunciamiento acorde a su pretensión.

La Tutela Judicial Efectiva o tutela Jurisdiccional Efectiva o Tutela Jurídica del Derecho proviene fundamentalmente del derecho alemán. “Significando la satisfacción efectiva de los fines del derechos, la realización de la paz social, mediante la vigencia de las normas jurídicas. Y aunque existan posturas diferentes, es sinónimo con el Debido Proceso Legal (...)”³¹.

³⁰ Varios autores. Guía sobre la aplicación del Principio-Derecho del Debido Proceso en los procedimientos administrativos. Op cit.

³¹ CHIABRA VALERA, Maria Cristina. (2012). Constitucional. Op. cit. Pág. 93

La tutela jurisdiccional efectiva “tiene su origen en un concepto propio de la Europa Continental, contexto en el cual nunca se había acogido propiamente una idea del *due process of law*. Por lo que se configuró un nuevo derecho, que se denominaría Tutela Jurisdiccional Efectiva, definido como el derecho de toda persona a que se haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, su pretensión sea atendida por un Órgano Jurisdiccional a través de un proceso con garantías mínimas”³².

Por lo que, la Tutela Jurisdiccional Efectiva será según el autor Quiroga, la manifestación constitucional del Debido Proceso; es decir, es aquella garantía procesal del justiciable para un acceso libre a un proceso justo e imparcial que decida sobre sus derechos³³.

2.2.3.2. DEFINICIÓN

La tutela jurisdiccional efectiva, “es la guía o protección que merece la persona en su carácter de tal, y consagrada por nuestro ordenamiento jurídico, para acceder a un proceso justo y eficaz, que le brinde claridad y rapidez en la obtención de un pronunciamiento acorde con sus pretensiones, tendiente al amparo de sus derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, en todas y en cada una de las etapas del proceso; en un contexto necesario que le brinde la posibilidad de optar entre las herramientas mayormente se adecuen a la obtención de ese fin, en miras a la aplicación de una norma sustancial, sin tener como resultado ultimo la declaración de una sentencia de mérito, sino de

³² GOZAÍN, Osvaldo Alfredo. (2002). Derecho procesal constitucional: Amparo: doctrina y jurisprudencia. Op Cit. Pág. 93

³³ Cfr. QUIROGA LEÓN, Aníbal. (2008). Estudios del derecho procesal. Lima: IDEMSA, pag.118.

evitar el desamparo y la vulnerabilidad en cada una de las fases suministradas por el derecho adjetivo; sometiendo dicho sentimiento en manos de procedimientos que, útilmente, le permitan una acabada y pronta respuesta a lo inmediato y urgente, y una equitativa posibilidad de probar los hechos³⁴.

El derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva, es uno de los derechos fundamentales y/o constitucionales que tiene todo sujeto de derecho (persona natural, persona jurídica, concebido, patrimonio autónomo, entes no personales, etc., teniendo estos la situación jurídica de demandante o demandado según el caso) al momento de recurrir al órgano jurisdiccional (juez en representación del Estado) a fin de que se le imparta justicia, existiendo garantías mínimas para todos los sujetos de derecho que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; utilizando para ello el proceso como instrumento de tutela del derecho sustancial de los mismos³⁵.

2.2.3.3. REALCE

Actualmente, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, específicamente la tenemos regulada en nuestra legislación nacional vigente, en primer lugar en nuestra Constitución Política en el Art. 139º inc. 3º prescribe son principios y derechos de la función jurisdiccional.

³⁴ BELSITO, Cecilia. (2005). Tutela judicial efectiva. Argentina: Editorial Jurídica NOVA TESIS, pág. 19

³⁵ Cfr. SÁNCHEZ LÓPEZ, Luis Alberto. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y/o Debido Proceso; en: http://historico.pj.gob.pe/cortesuperior/Piura/documentos/ART_CSJ_PIURA_TUTELA_120907.pdf ubicado 14 de Febrero de 2014.

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, en el Art. I del Título Preliminar del Código Procesal Civil prescribe: Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso; Art. 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, prescribe: En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso.

En la legislación internacional, está regulado en: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 14º inciso 1º y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el inc. 1º del Art. 8º, respectivamente.

Este derecho al proceso empezó a manifestarse hace más de siete siglos, configurado a la fecha una exitosa evolución histórica, algo así como un mega derecho que actualmente ha recibido el nombre de debido proceso legal, basta que un sujeto de derecho lo solicite o exija, para que el Estado se encuentre obligado a otorgarle tutela jurídica; se considera que este derecho lo tienen todos sólo por el hecho de serlo y que lo titula para exigir al Estado haga efectiva su función jurisdiccional; pues, así lo regula nuestro ordenamiento jurídico vigente³⁶.

La tutela efectiva esta celosamente custodiada por nuestro principal ordenamiento normativo y, a su vez, por tratados internacionales con jerarquía idéntica, y sin realizar una elección previa y pormenorizada, es por ello que se requiere la aplicación de este instituto en forma imperativa para todas las personas que accedan al sistema judicial.

³⁶ Cfr. SÁNCHEZ LÓPEZ, Luis Alberto. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y/o Debido Proceso. Op. cit.

- **Según el Tribunal Constitucional**, la tutela jurisdiccional efectiva: a) que este derecho comprende, entre otras cosas, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, es decir que el fallo judicial se cumpla y que al justiciable vencedor en juicio justo y debido se le restituya su derecho y se lo compense, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; y b) que el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales exige no sólo que quienes hayan resultado vencidos en juicio cumplan todos los términos señalados en la sentencia firme, sino también impone deberes al juez y, en particular, a aquellos que están llamados a ejecutar lo resuelto en la sentencia. En particular, la responsabilidad de ejecutarlas, para lo cual tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y oportunas destinadas a dar estricto cumplimiento a la sentencia, las que deberán tomarse sin alterar su contenido o su sentido³⁷.

2.2.4. PROCESO DE AMPARO

2.2.4.1. NATURALEZA Y DEFINICIÓN

Es un “proceso judicial de carácter constitucional³⁸ que tiene como finalidad proteger todos los derechos constitucionales de la persona -con excepción de los

³⁷ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional EXP.N.º 01334-2002-AA/TC, fundamento 2.

³⁸ Véase CAIRO ROLDÁN, Omar. (2004). Justicia constitucional y procesos de amparo. Lima: Palestra Editores, pág. 191-192.; el autor precisa “...la naturaleza jurídica del amparo, y su desarrollo nos ha acercado a la conclusión provisional de que el amparo es un proceso constitucional. El amparo no es una acción porque ésta es el derecho abstracto, autónomo, publico y subjetivo que habilita a todo justiciable a solicitar al órgano jurisdiccional la solución de

que protegen el Hábeas Corpus, la Acción de Hábeas Data y la Acción de Cumplimiento - ante violaciones o amenazas de violación provenientes de una autoridad o de un particular (el amparo protege derechos como, por ejemplo, el derecho de asociación, a la libertad de contratación, el derecho al debido proceso).³⁹.

La naturaleza del amparo, es un proceso autónomo que tiene como propósito esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o a amenazas inminentes de su transgresión. Se debe precisar que “el proceso de amparo no protege todos los derechos fundamentales, sino a un grupo de ellos que son distintos de la libertad personas o de los derechos conexos a ella, así como el derecho a la información pública o del derecho a la autodeterminación informativa, que tienen, respectivamente, procesos constitucionales específicos para su tutela”⁴⁰.

En este orden de ideas, tiene éste proceso una naturaleza restablecedora o restitutoria, “nuestra Constitución le da poder al Juez para restablecer de inmediato la situación jurídica infringida, en forma inmediata, porque, aunque existen otras vías, éstas no son de restablecimiento inmediato, y el propósito de

un conflicto de intereses intersubjetivos o de una incertidumbre jurídica. Se ejerce el derecho de acción por tanto, no sólo cuando se inicia el amparo, sino en todos los casos en que se interpone una demanda sobre cualquier materia (civil, laboral, comercial, etc.)”.

³⁹ Tribunal Constitucional. Proceso de amparo, en: <http://www.tc.gob.pe/procesos/accamp.html> ubicado 14 de Febrero de 2014.

⁴⁰ LANDA, Cesar. El Amparo en el Nuevo Código Procesal Constitucional peruano, en: [HTTP://WWW.JURIDICAS.UNAM.MX/PUBLICA/LIBREV/REV/DCONSTLA/CONT/2005.1/PR/PR19.PDF](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.1/PR/PR19.PDF) ubicado 14 de diciembre de 2013.

declarar con lugar un recurso de amparo, esta debe tener efecto inmediato y extraordinario”⁴¹.

Si bien la protección de los derechos fundamentales es la finalidad primordial del proceso de amparo, es del caso resaltar que este proceso no constituye una forma ordinaria o común de protección de dichos derechos; por el contrario, es un instrumento extraordinario o excepcional de protección. Por ello, se afirma que el amparo es un instrumento de tutela de urgencia⁴², es decir “que solo actúa ante la falta de otros mecanismos procesales que resuelvan eficazmente la cuestión”⁴³.

Esta naturaleza del amparo ha sido recogida por el Código Procesal Constitucional en su artículo 5°-2, que establece, a contrario sensu, que el amparo sólo será procedente cuando no existan otras vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección de un derecho fundamental amenazado.

La doctrina también señala que el amparo tiene naturaleza:

- Inalienable: no puede transmitirse a terceros.
- Irrenunciable: por tratarse de un derecho humano no puede celebrarse un acto jurídico unilateral o bilateral, por medio del cual se renuncie a la acción específica del amparo.

⁴¹ PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón. Principios procesales del amparo constitucional, en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/26/hectorpenaranda.pdf> ubicado 14 de diciembre de 2013.

⁴² Al respecto cuando se habla de tutela urgente, se refiere que el proceso de amparo tiene como finalidad proteger derechos de las personas cuya afectación o amenaza requieren ser suprimidos con suma rapidez es decir con una tutela de urgencia.

⁴³ SAGUES, Néstor Pedro. (1988). Derecho procesal Constitucional. Acción de amparo. Buenos aires; 2da edición actualizada y ampliada, pág. 262.

- Universal: todo ser humano tiene derecho de amparo.
- Inviolable: no se suspende ni se restringe por ningún motivo, ni siquiera bajo los estados de excepción.
- Eficaz: es un recurso idóneo, en el sentido que debe ser capaz de proteger los derechos constitucionales de modo efectivo. No basta un proceso con el nombre de amparo para cumplir con la obligación de su reconocimiento como derecho humano fundamental, sino que tiene que ser un recurso que cumpla con su finalidad en todos los casos de violación o amenaza de los derechos que forman parte de su ámbito de protección.
- Jurisdiccional: es un proceso que se tramita y se decide por órganos jurisdiccionales.

Así pues, tenemos recogido mediante el Código Procesal Constitucional Peruano - Ley 28237 vigente, en el Título III, Capítulo I:

Artículo 37.- Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

- 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole;
- 2) Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa;
- 3) De información, opinión y expresión;

- 4) A la libre contratación;
- 5) A la creación artística, intelectual y científica;
- 6) De la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones;
- 7) De reunión;
- 8) Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes;
- 9) De asociación;
- 10) Al trabajo;
- 11) De sindicación, negociación colectiva y huelga;
- 12) De propiedad y herencia;
- 13) De petición ante la autoridad competente;
- 14) De participación individual o colectiva en la vida política del país;
- 15) A la nacionalidad;
- 16) De tutela procesal efectiva;
- 17) A la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos;
- 18) De impartir educación dentro de los principios constitucionales;
- 19) A la seguridad social.
- 20) De la remuneración y pensión;
- 21) De la libertad de cátedra;

22) De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35 de la Constitución;

23) De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida;

24) A la salud; y

25) Los demás que la Constitución reconoce.

Artículo 38.- Derechos no protegidos

No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

2.2.4.2. CARACTERÍSTICAS⁴⁴ DEL PROCESO DE AMPARO

- a. Vía o Acción Excepcional: es una vía excepcional; último remedio de protección contra la violación de un derecho constitucional. Sólo para casos excepcionales.

Constituye una garantía a cuyos procedimientos especialísimo y sumarísimo únicamente se recurre de manera residual, esto es, cuando no existe otro camino procesal para acceder a la pretensión jurídica y

⁴⁴ Cfr. CHANAMÉ ORBE, Raúl (2009). Manual de derecho constitucional: derecho, elementos e instituciones constitucionales, Arequipa: ADRUS, pág., 678.; Véase: ABAD YUPANQUI, Samuel B. El Proceso Constitucional de Amparo en el Perú: Un Análisis Desde La Teoría General Del Proceso – Boletín Mexicano de Derecho Comparado, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/85/art/art1.htm> ubicado el 23 de enero del 2014; CAIRO ROLDÁN, Omar. (2004). Justicia constitucional y procesos de amparo. Op. cit.; ALFARO PINILLOS, Roberto. (2008). Manual teórico-práctico procesos constitucionales de hábeas corpus y amparo / Roberto Alfaro Pinillos. Lima: MOTIVENSA.

siempre y cuando se trate de lograr la reposición de un derecho constitucional transgredido o amenazado, pues el proceso de amparo es restitutivo de derechos.

- b. Medio de Control Constitucional: ya que, protege el texto de la carta política de todo acto que lo lesione. Esto es, cuando en una acción de Amparo un sujeto con legítimo interés impugna actos que amenazan o lesionan alguno de sus derechos constitucionales, el propósito inmediato es hacer que cese la amenaza o de evitar la violación ilegítima de derechos constitucionales está supeditado a un propósito más amplio que es el de tutelar la propia constitución que es de donde emana el derecho o interés protegido por la acción de garantía

El amparo es un capítulo de la jurisdicción constitucional vale decir, que cuando el Juez entra a conocer un amparo, deja de ser Juez de Instancia y se convierte en Juez Contralor de unos hechos que violentan el goce y disfrute de los derechos y garantías ciudadanas.

- c. Mecanismo de Protección: de protección al ciudadano contra la arbitrariedad incurrida por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, que resultan lesivos a la norma constitucional, bien sea por amenaza o violación, constituyendo por ende un proceso extraordinario de efectiva tutela cuando es evidente la afectación aludida; cuya finalidad es reponer las cosas al estado anterior al acto cuestionado.
- d. Amparo como Garantía: Es, el mecanismo que la constitución otorga a los ciudadanos para hacer cesar un acto perturbador de su disfrute a un derecho o garantía ciudadana.

- e. **Carácter Residual:** únicamente se recurre a esta vía de manera residual, esto es cuando no existe otro camino procesal para acceder a la pretensión jurídica y siempre que se trate de lograr la reposición de algún derecho constitucional transgredido o amenazado, pues la Acción de Amparo no es declarativa de derechos, sino restitutiva de aquellos.
- f. **Proceso Sumarísimo:** o trámite sumario, ágil, breve (ordinario), sui generis e inmediato. Es el mecanismo más rápido en la obtención de la justicia; ello en razón de dada la naturaleza e importancia de la materia en discusión como son los derechos y libertades constitucionales, el procedimiento es sumario.
- g. **Procedimiento Elástico:** porque, puede adecuarse, por la vía de la interpretación jurisdiccional, a las necesidades finales de la acción cuales son la de investigar sumariamente la existencia o inexistencia de la violación de las cosas al estado anterior a la agresión.
- h. **No Existe Término Probatorio:** por ello el derecho invocado por el demandante debe estar expresamente reconocido en la Constitución de manera inequívoca y expresa, ya que el fin del Amparo es proteger los derechos constitucionales, explícitos e implícitos. El proceso de acción de Amparo no tiene, por tanto, etapa probatoria.
- i. **No Debe Suponer la Probanza de Causas:** el petitorio de la demanda no debe suponer la probanza de causas porque dicho hecho desnaturalizaría la esencia de la acción de Amparo por la consecuente razón de ser ésta una vía sumarísima que no tiene instancia probatoria.

- j. Acción Especialísima. Uno de los principios fundamentales que propugna la Acción de Amparo es la de ser una acción especialísima en la cual el actor no necesita ni está obligado a probar -como si lo está en un proceso ordinario- el derecho invocado, pues este tiene que ser apreciado por el Juez sólo de su simple confrontación de los hechos expuestos en la demanda, con la norma de derecho material invocada como fundamento. Obliga al magistrado interviniente a realizar un cuidadoso análisis, trata de averiguar como requisito para admitir una acción de Amparo los procedimientos regulares (sean judiciales o administrativos), resultan idóneos, suficientes, aptos o eficaces para atender el problema planteado. No basta que haya una vía procesal (de cualquier índole), para desestimar un pedido de Amparo: hay que considerar, inexcusablemente, si tal trámite es automáticamente operativo para enfrentar el acto lesivo. Es decir, debe determinarse, es si tales caminos son efectivamente útiles para lograr la protección del derecho o garantía constitucional que se trate.
- k. Carácter Bilateral: aun cuando el demandado no conteste la acción el juez continua con el trámite y dicta la sentencia apreciando en este caso los fundamentos sobre la procedencia de la acción incoada. No es preciso en la garantía decretar formalmente la rebeldía del demandado. Su sola ausencia del proceso en el momento oportuno, lo priva de participar en dicha etapa del mismo. Asimismo, la falta de contestación no conlleva en los casos del procedimiento constitucional, la sanción procesal de tener por ciertos los hechos expuestos en la demanda y la necesaria sentencia favorable del juez.

Tratándose del Derecho Constitucional estos supuestos no corren y el juez debe de analizar en la acción de Amparo la conformidad o disconformidad de lo planteado en la demanda con la realidad y con el derecho. En consecuencia puede darse el caso de una acción de Amparo que, sin contestación, es declarada infundada o improcedente por el juez.

- l. Acción Autónoma: Es una acción autónoma con una serie de elementos constitutivos.
- m. Permite el disfrute de (o del derecho a) la igualdad: es un mecanismo que permite perfectamente disfrutar de mi igualdad.
- n. Es Restitutiva de Derechos: no es declarativa de derechos, sino restitutiva de aquellos.
- o. Es procedentes l concesión de medidas cautelares.
- p. Se interpone ante el juez civil o mixto (elección del demandante): dependerá del lugar donde se afectó el derecho; o, donde tiene su domicilio principal el afectado.

2.2.4.3. CLASES DE AMPARO

Se encuentran las siguientes clases de Amparo:

- Amparo contra resoluciones judiciales: el Tribunal Constitucional señala que esta clase de amparo “está circunscrito a cuestionar decisiones judiciales que vulneren de forma directa derechos fundamentales toda vez

que a juicio de este Tribunal, la irregularidad de una resolución judicial con relevancia constitucional se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental y no sólo en relación con los supuestos contemplados en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional⁴⁵.

El amparo contra resoluciones judiciales “requiere pues como presupuestos procesales indispensables, la constatación de *un agravio manifiesto* que comprometa seriamente el contenido protegido de algún derecho de naturaleza constitucional, presupuestos básicos sin los cuales la demanda resultará improcedente”⁴⁶, como por ejemplo el agravio de la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia, el debido proceso y su actuación adecuada y temporalmente oportuna.

- Amparo contra particulares: se interpone cuando la lesión del derecho constitucional proviene de persona natural o persona jurídica de derecho privado. También si el autor del agravio es una empresa estatal con personería jurídica de derecho privado.
- Amparo contra leyes⁴⁷: si bien la Constitución establece que no procede el amparo contra normas legales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, siguiendo en este punto a la doctrina tanto nacional como extranjera, ha extendido la cobertura del amparo contra las leyes de naturaleza

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 3179-2004-AA/TC, fundamento 14

⁴⁶ Sentencia Del Tribunal Constitucional EXP. N.º 03275-2012-PA/TC fundamento 4.

⁴⁷ Cfr. NEYRA ZEGARRA, Ana Cristina. Proceso de Amparo. Derechos Protegidos, ¿Protección Frente a Actos Legislativos?, en: <http://www4.congreso.gob.pe/DGP/CCEP/cursos/2014/20140519-proceso-amparo/exposicion-23-05-2014.pdf> ubicado el 18 de noviembre de 2014.

autoaplicativa⁴⁸. Es decir frente a aquella clase de normas que por su sola expedición lesionan un derecho constitucional sin necesidad de un acto de ejecución por la autoridad, funcionario o persona.

Sobre esta clase de Amparo, es significativo señalar lo pronunciado por el Tribunal Constitucional: “(...) para que una amenaza pueda ser atendida en un amparo, tal amenaza debe ser cierta e inminente [STC 00763-2005-PA/TC, fundamento 3]. Es decir, que debe ser una amenaza real y no una mera especulación. La aprobación de una norma por parte del Congreso de la República es, en principio, un evento que no puede ser considerado una amenaza cierta e inminente, ya que existe una serie de eventos que no es seguro que ocurran y que, por lo tanto, impliquen la no aprobación del proyecto de ley”⁴⁹.

2.2.5. MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO DE AMPARO

2.2.5.1. ANTECEDENTES DE LA MEDIDA CUATELAR

⁴⁸ Sobre normas autoaplicativas: su “aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.(...), distinguir entre aquellas normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos (...), y aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada”.

“(...). En el primer caso, el amparo contra la norma procederá por constituir ella misma un acto (normativo) contrario a los derechos fundamentales. En el segundo, la procedencia del amparo es consecuencia de la amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales que representa el contenido dispositivo inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable.” Extraído de Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N° 04677-2004, fundamento 4.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N° 02468-2009-PA/TC, FJ 2

Las medidas cautelares en el Derecho Romano, no se conocían a éstas tal como se conciben en la actualidad, sin embargo, contaba con ciertas esparcidas y que cumplían con similares objetivos a las de hoy en día.

Se tiene a, “la *Pignoris Capio*, era un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda. Constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la *legis actiones*, consistente en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los públicos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio”⁵⁰.

Así pues, constituía un medio de coacción la facultad que gozaba el magistrado en virtud de su *imperium* para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. “Con posterioridad, las *legis actiones* fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño, en presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se concretaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, así, la fórmula le daba a éste poder para

⁵⁰ Medida Cautelar, en: <http://elnuevosistemapenal.blogspot.com/2013/07/medidas-cautelares.html> ubicado el 1 de enero de 2014.

condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda”⁵¹.

Finalmente, en el Derecho Romano, “una vez trabada la *litis* con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención”⁵²; es así, que se encuentra una similitud con las medidas cautelares actuales.

2.2.5.2. CONCEPTO DE LA MEDIDA CAUTELAR

Etimológicamente la palabra medida, en la acepción que nos atañe, “significa prevención, disposición; prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, se entiende como tales a aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho”⁵³.

La medida cautelar llamada también preventiva o precautoria es aquella institución procesal mediante la cual el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, asegura la eficacia o el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso que dirige, anticipando todo o determinados efectos del fallo, en razón de existir

⁵¹ Medidas cautelares, en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JOXfzD-W4M0J:dspace.unl.edu.ec:8080/jspui/bitstream/123456789/800/1/OSCAR%2520LUIS%2520CASTILLO%2520R.%2520biblioteca.pdf+La+Pignoris+Capió,+era+un+procedimiento+que+consist%C3%ADa+en+la+toma+por+el+acreedor,+como+garant%C3%ADa,+de+determinados+bienes+del+deudor,+con+el+objeto+de+constre%C3%B1irlo+al+pago+de+su+deuda.+Constitu%C3%ADa+una+de+las+acciones+de+la+ley+ejecutiva+del+procedimiento+procesal+de+la+legis+acciones,+consistente+en+la+toma+de+un+objeto,+realizada+por+el+acreedor+de+entre+los+bienes+del+deudor+al+mismo+tiempo&cd=8&hl=es&ct=clink&gl=pe, ubicado el 01 de enero de 2014>

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.*

verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en que la demora en la sustanciación de la Litis traiga como consecuencia que la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho⁵⁴.

Las medidas cautelares “constituyen, en términos generales, mecanismos o instrumento procesales que tiene por finalidad asegurar la eficacia de la resolución judicial, elemento que forma parte del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, así como de los principios y derechos considerados parte de la función jurisdiccional, según se ha previsto en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú”⁵⁵.

El tribunal constitucional señala que la medida cautelar ha sido reconocida como una manifestación implícita del derecho al debido proceso ya que dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso”⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2002). El embargo y otras medidas cautelares: doctrina-jurisprudencia-práctica forense. Lima: Ediciones San Marcos, pág. 15. Véase KIELMANOVICH, Jorge L. (2000). Medidas cautelares. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, págs. 19-22.

⁵⁵ MESÍA RAMÍREZ, Carlos. (2009). Los recursos procesales constitucionales. Lima: Gaceta Jurídica, pág. 95. Por su parte Piero Calamandrei sostiene que “las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de celeridad y de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden ante todo, a hacerlas pronto, dejando el problema de bien y mal, esto es, de la injusticia intrínseca de la providencia, se resuelve más tarde”. CALAMANDREI, Piero. (1945). Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, pág. 43.

⁵⁶ MESÍA RAMÍREZ, Carlos. (2012). Régimen de las Medidas Cautelares en los Procesos Constitucionales de Tutela de Derechos. Op. Cit., pág. 17. Véase Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional 0023-2005-PI/TC fj. .49

2.2.5.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIDA CAUTELAR

Se basa en tres teorías⁵⁷:

- ✓ Teoría del derecho sustantivo: esta vía de interpretación deja librada la obtención de una medida cautelar al derecho sustantivo invocado. La misma resulta del devenir de una pretensión basada en el derecho invocado como cierto, y la fuerza de éste (verosimilitud, ejecutividad y transparencia) hace que la medida cautelar vaya de la mano de su interpretación
- ✓ Teoría de la independencia: la medida cautelar se caracteriza tanto por supuestos de hecho como de derecho, pero que toman relevancia una vez que el juez determina que, si bien el derecho no alcanza para su determinación, los supuestos de hecho, el peligro en la demora y una caución suficiente, pueden dar lugar al otorgamiento de la misma. La independencia está dada por su separación del derecho sustantivo, y es aquí donde se torna relevante la función del abogado, encausando al magistrado a una interpretación conforme a las necesidades del proceso y no ya a la preponderancia del ritualismo.

Esta teoría no implica la indefensión de la contraria, sino que sólo presupone dar realce a los dos componentes que confirman el otorgamiento de la medida, y valora su independencia como factor determinante

⁵⁷ Cfr. BELSITO, Cecilia. (2005). Tutela judicial efectiva. Op. Cit., págs. 173-174

- ✓ Teoría de interpretación: destinada al órgano de impartir lo justo y lo equitativo. Es conveniente asociar esta modalidad con el principio de interpretación y justificación, con el cual se desempeña el magistrado durante el transcurso del contradictorio.

El juez es consecuente con el derecho sustantivo en aquellos procesos en los cuales la verosimilitud de derecho es más que manifiesta. Esta teoría toma relevancia cuando se libra “la pelea” entre un derecho sustantivo no muy claro y la independencia de la medida solicitada.

2.2.5.4. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Se tiene a la siguientes características:

a) La Instrumentalidad⁵⁸:

Las medidas cautelares son institutos jurídicos mediante los cuales se pretende asegurar la eficacia de una sentencia que ampare una pretensión planteada en el proceso; es por ello que sirve de medio para garantizar la efectividad de la sentencia, es decir, está al servicio de la efectividad del proceso. En este sentido, no podrá existir una medida cautelar por sí sola, pues siempre se requerirá que exista el objeto que con ella se quiere garantizar, al cual le sirve de medio o instrumento de eficacia.

⁵⁸ Cfr. PRIORI POSADA, Giovanni F. (2006). La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental. Op. Cit., págs. 103-104.

Esta característica se encuentra total o absolutamente subordinada al fallo definitivo; su presencia sólo se justifica por lo que signifique dicho fallo.

Doctrinarios sostienen lo explicado por el profesor Calamandrei: si las medidas cautelares resulta un medio para garantizar la eficacia del proceso (es decir, un instrumento de él) y el proceso es a la vez un instrumento para lograr la efectividad de las situaciones jurídicas y, además, la vigencia determinados valores previstos en el ordenamiento jurídico, resulta claro que, respecto de la tutela cautelar, se puede señalar que existe denominada instrumentalidad al cuadrado, en la medida que las medidas cautelares son un instrumento del instrumento.

En definitiva está orientada a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no solo cuando se traten de procesos que adolecen de dilaciones indebidas o que no se resuelven dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la duración ordinaria de los procesos; pues existen procesos que por su duración, aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para la eficacia del derecho⁵⁹.

⁵⁹ Cfr. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. (2009). Los recursos procesales constitucionales. Op. Cit., págs. 98-99.

b) Provisionalidad:

Son provisorias en la medida que mantendrá su vigencia hasta que no se dicte la sentencia con autoridad de cosa juzgada, u otra resolución que disponga su levantamiento o se produzca una circunstancia que según ley, la deje sin efecto⁶⁰.

Sólo se explica su vigencia como una manera de evitar el peligro que genera la demora del fallo definitivo, ya que al expedirse éste la medida cautelar desaparece⁶¹. La provisoriedad de las providencias cautelares “sería un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y la subsiguiente (definitiva), da inicio de los cuales señalaría la cesación de la primera”⁶², es decir, la provisoriedad está en íntima relación y es una consecuencia necesaria de la instrumentalidad o subsidiariedad.

c) Jurisdiccionalidad:

Esta característica se refiere, “porque emerge de una resolución dictada por el órgano judicial. Es pues, un acto jurídico procesal del

⁶⁰ Cfr. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. (2009). Los recursos procesales constitucionales. Op. Cit., pág. 105.

⁶¹ Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan F. (2004). La formación del proceso civil peruano. 2a ed., Lima: Palestra Editores, pág. 93.

⁶² PRIORI POSADA, Giovanni F. (2006). La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental. Op. Cit., pág. 105.

juez, quien expide su decisión cautelar a solicitud de parte”⁶³. Eso significa que sólo existe como consecuencia de una decisión judicial.

Tienen carácter judicial, procesal o adjetivo, porque no pueden aspirar a convertirse en providencias materiales, es decir, no satisfacen el derecho material o sustancial de manera irrevocable.

d) Variabilidad:

Atiende a que “el demandante, no se encuentra impedido de presentar una única medida cautelar y bajo una sola modalidad, sino dicha característica atenderá a que la medida cautelar pueda ser variada en su modalidad, dependiendo del momento en que se encuentre, como puede ser antes de iniciado el proceso, en pleno proceso judicial e incluso en vía de ejecución procesal”⁶⁴. En definitiva cabe la modificación de la medida cautelar y su adecuación a la situación procesal presentada.

Las medidas cautelares “se encuentran comprendidas dentro del grupo de providencias con la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual, aun estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual se dictaron. Dependen de la mutabilidad o inmutabilidad de la situación de hecho que les dio

⁶³ Ibidem, pág. 27

⁶⁴ CHIABRA VALERA, Maria Cristina. (2012). Constitucional. Op. cit., pág. 57.

origen”⁶⁵. Un ejemplo típico de sentencia con dicha cláusula es la definitiva del procedimiento de medidas preventivas típicas: se reducirá o aumentará el monto de lo embargado, se sustituirán los bienes afectos, se suspenderá sobre los inembargables, hasta mantener adecuado su efecto asegurativo a las exigencias de la providencia definitiva; entretanto, los efectos inciertos de ésta se supondrán iguales a la pretensión del actor, en base a la presunción de procedibilidad del derecho que se reclama. Si cambian las exigencias del proceso principal en orden a las cuales el juez acordó la medida cautelar, no debe impedirse una reconsideración de la necesidad de su vigencia. De esto se sigue que produzca una cosa juzgada meramente formal; es decir, aquella que, conservando los caracteres de inimpugnabilidad y coercibilidad eventual, es, sin embargo modificable, peligro de pérdida o desvalorización o si los gastos de depósito no guardan relación con su valor.

La variación más radical es la revocación, que puede suceder en tres casos: “i) la revocabilidad automática a que están sujetas al actualizarse la providencia principal que obvia los motivos por los que se le dio origen, sea porque interviene definitivamente lo mediado provisoriamente por ella; o bien, porque al desestimar la pretensión del actor declara la innecesidad de asegurar un derecho inexistente; ii) cuando permitiendo la ley dirimir previamente las causas, existencia y efectos de la providencia en sede cautelar, independientemente de la

⁶⁵ PRIORI POSADA, Giovanni F. (2006). La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental. Op. Cit., pág. 106.

justicia intrínseca del derecho reclamado en lo principal, resulta adecuado revocarla; esto sucede en el procedimiento de medidas preventivas típicas, donde el legislador ha establecido una fase plenaria posterior a la ejecución que culmina con la confirmación o información del derecho primitivo que la acordó, independientemente de lo que decida en lo futuro la sentencia definitiva del juicio principal; iii) al ser revocada por el juez que admite la medida de contracautela”⁶⁶.

e) Urgencia⁶⁷:

Es la garantía de eficacia de las providencias cautelares. La necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en vanguardia una situación de hecho.

La causa impulsiva de las medidas cautelares “viene a ser el peligro en el retardo de la administración de justicia, originado (ese retardo) en la inobjetable ecuanimidad que deben cumplir los trámites procesales hasta la satisfacción de la pretensión de la parte”.

El daño que se persigue evitar en la cautela preventiva definitiva, por ejemplo, puede adoptar diferentes formas y halla su origen en la misma parte demandada, en tanto que el daño en las providencias

⁶⁶ HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. Medidas Cautelares, en: <http://www.venezuelaprocesal.net/Henriquezmedidas2.pdf>, ubicado el 23 de Julio de 2014.

⁶⁷ DÍAZ VALLEJOS, José W. (2009). Justicia y Derecho: “Algunos Apuntes sobre la Medida Cautelar”, en: <http://asociacionjusticiayderechouigv.blogspot.com/2009/12/algunos-apuntes-sobre-la-medida.html>, ubicado el 12 de mayo de 2014.

cautelares (provisionales), se concreta siempre en el retardo de la satisfacción definitiva del derecho sustancial.

Este carácter de urgencia presenta dos manifestaciones distintas. Una es la simplicidad de formas o trámites para lograr la rapidez en el tiempo y la superficialidad en el conocimiento previo de la materia de fondo, es decir, del derecho reclamado en sede principal, antes de proceder a la ejecución. Otra manifestación es, en cambio, la precaución que se toma para evitar obstáculos que retarden la ejecución; el concepto precaución debe ser entendido como el modo de prudencia, cuidado, reserva o sigilo con los que se van cumpliendo los trámites. Esta forma de evitar retardos y trabas que hacen nugatorios sus efectos, consisten a mi modo de ver en los mismos medios de precaución que contempla el procedimiento penal sumario hasta la detención efectiva del indiciado, sea, en la celeridad. y secreto. Sin embargo, en el procedimiento de nuestras medidas preventivas sólo existe la celeridad, que se ha logrado perfectamente mediante la suspensión provisional del principio⁶⁸.

f) Reserva

Posee un carácter reservado puesto que su trámite es conocido sólo por el peticionante de ella y no por el afectado, quién recién se enterará de la misma una vez se ejecute. La concesión o no de la medida cautelar se debe al mérito de lo expuesto en la solicitud y la

⁶⁸ HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. Medidas Cautelares, Op cit.

prueba pertinente anexada a ella; se precisa que se obvia el conocimiento de esta solicitud a la contraparte.

Esta característica deriva del “principio consagrado en el Derecho Romano denominado *inaudita pars*⁶⁹ (sin oír a la otra parte). No debe creerse que con dicha reserva se excluyen los principios de bilateralidad y contradicción, pues estos simplemente quedan suspendidos hasta el término de la ejecución de la medida, momento procesal a partir del cual se permite el apersonamiento e quien las sufre la medida cautelar, para que pueda impugnarla o solicitar su variación, según convenga a sus intereses o le asista el derecho”⁷⁰.

La reserva obedece a garantizar la efectividad del derecho⁷¹ y resultaría un contrasentido que el procedimiento para disponerla pudiera constituir la fuente de información que imposibilitaría el objetivo a que atienden.

⁶⁹ El profesor Henríquez la Roche señala que “por inaudita parte” debe entenderse, no una suspensión del principio de publicidad (reserva se actos), sino del principio de igualdad procesal, por la que, aquel contra quien obra la medida se ve en la imposibilidad de impugnar y atacar jurídicamente la acción preventiva en la incidencia, hasta tanto no estuviese cumplida su ejecución. No compromete el derecho de los litigantes a imponerse dentro del asunto que en su contra se ventile”. Citado por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2002). El embargo y otras medidas cautelares: doctrina-jurisprudencia-práctica forense. Op cit., pág. 34 – 35.

⁷⁰ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2002). El embargo y otras medidas cautelares: doctrina-jurisprudencia-práctica forense. Op cit., pág. 34.

⁷¹ El catedrático Hinostroza Minguez nos explica que la suspensión de los principios de bilateralidad y contradicción de no darse en el proceso de medida cautelar, y la falta de sorpresa, resultaría fácil al obligado o demandado a esconder o disponer de su patrimonio, “perdiéndose de este modo toda posibilidad de ejecutar la medida y con ella la obtención de su finalidad, lo que haría difícil o irrealizable el cumplimiento de la sentencia”. Ibídem, pág. 35.

g) Contingencia

Esta característica está referida a “la imposibilidad de que el juez al momento de dictar la medida cautelar, pueda tener conocimiento de quien será el vencedor de la lid procesal. No sabe reiteradamente si es pertinente o no otorgar la medida cautelar. El juez debe considerar la probabilidad de que el derecho sea acogido en sentencia y que la medida no ocasione un perjuicio irreparable a la demandada”⁷².

La contingencia reside ahora fundamentalmente en el poder jurisdiccional del juez a los fines de la prudente determinación de lo equitativo en cada caso.

h) Proporcionalidad

Significa que toda medida cautelar debe ser proporcional; es decir que debe guardar correspondencia con el petitorio de la demanda interpuesta. No puede exceder del monto adeudado o tener naturaleza distinta a la pretensión principal; por ejemplo en un asunto de índole extrapatrimonial no puede solicitarse en vía cautelar una medida de carácter económico.

El juzgador está obligado a apreciar prudentemente el pedido cautelar y tener en cuenta si el monto solicitado se ajusta al petitorio de la demanda, estando facultado a reducirlo si es excesivo; debiendo también evaluar si la naturaleza de lo solicitado no se opone a la

⁷² CHIABRA VALERA, Maria Cristina. (2012). Constitucional. Op. cit. Pág. 59

pretensión principal, teniendo la potestad de dictar la medida adecuada, de ser el caso⁷³.

En virtud a esta exigencia “el afectado puede solicitar la variación de la misma si estima que rebasa el valor de lo adeudado; de la misma manera, el peticionante puede optar por variación en caso de haber sido concedida aquella por un monto inferior, no al solicitado en la medida (que por lo general es mayor al consignad en la demanda) sino que es objeto de la pretensión principal”⁷⁴.

2.2.5.5. NECESIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE PROCESO CONSTITUCIONAL

La *litis* se plantea a partir de un supuesto incumplimiento de una obligación por existir en el accionante un derecho insatisfecho, es por ello que acude a la jurisdicción por cuanto los requerimientos de cumplimiento voluntario han sido inútiles, y ante el temor fundado de tener la verdad, pero no materializarse, por las posibilidades, nunca descartables que tiene el demandado de burlar los cumplimientos, quiere que concurrentemente con la admisión de su acción en sede judicial, le sean preservados sus derechos reclamados, a la vez que significa un respeto a la voluntad de la ley contenida en una sentencia. Nace así más que el derecho la necesidad de la cautela, que fundado en una verosimilitud del derecho reclamado, permita un proceso con un final justo.

⁷³ Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2002). El embargo y otras medidas cautelares: doctrina-jurisprudencia-práctica forense. Op cit., pág. 35.

⁷⁴ *Ibíd.*

La tutela cautelar representa para los jueces constitucionales “prioridad entre las prioridades”. Al respecto el Tribunal Constitucional ha indicado que la medida cautelar también tiene naturaleza de derecho fundamental y por tanto deben ser atendidas de manera prioritaria al igual que los derechos fundamentales; “es deber del juez constitucional dotar de la prioridad debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de los pedidos cautelares que conozca. De no tenerse presente ello, una medida que debería ser concebida como cautelar y excepcional, en el marco de procesos de tutela de urgencia, se convertiría en un instrumento inoperante, resquebrajando la capacidad de respuesta de la jurisdicción constitucional frente a los actos violatorios de derechos fundamentales que provienen de las autoridades públicas, y mellando el propio principio – derecho de dignidad humana”⁷⁵.

Las medidas cautelares en vía de un proceso constitucional “son acciones en sede jurisdiccional que tienen por fin garantizar la ejecutoriedad de la sentencia, de forma que se impida que la continuación de la situación aparentemente vulnerante del derecho constitucional del demandante se vea en riesgo de irreparabilidad, por lo que el órgano jurisdiccional realiza un juicio legal prematuro de la sentencia”⁷⁶. Pues la emisión de una medida cautelar no implica necesariamente que el resultado del proceso de garantía concluya favorablemente para el demandante, puesto que el órgano jurisdiccional puede efectuar un análisis pormenorizado de la situación alegada por el demandante y resolver infundada o improcedente la demanda.

⁷⁵ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional 0023-2005-PI/TC, fundamento 49

⁷⁶ CASTRO POZO CHAVEZ, Hildebrando. (2003). Las medidas cautelares en el proceso de amparo y las últimas modificaciones legislativas. Revista: Actualidad Jurídica, N° 158, Lima: Gaceta Jurídica, pág. 27

En definitiva, sirve de garantía para la efectividad de derechos constitucionales; es la importancia del proceso constitucional en sí, puesto que sin una oportuna medida cautelar la sentencia favorable al derecho alegado puede concluir en una mera declaración y no en una acción u omisión que vulneren o amenacen vulnerar legítimos derechos.

2.2.5.6. PRESUPUESTOS PARA LA CONCESIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO DE AMPARO.

A. La verosimilitud del derecho invocado

Llamado también “*fumus boni iuris*”, el mismo que se entiende, para la obtención de la medida cautelar se requiere “el humo” de la existencia del derecho que solicita el demandante. Puesto que, “declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar.”⁷⁷

⁷⁷ CALAMANDREI, Piero. (1996). Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Buenos Aires: El Foro, pág. 77.

Una anotación importante es la que hace el autor Erick Veramendi Flores, señala: “por regla general la comprobación o prueba plena de la existencia de un derecho no solamente requiere de la instrucción (investigación) suficientemente extensa para formar convicción-certeza- al juez, sino que exige el contradictorio, es decir, la asistencia o posibilidad de hacerlo de ambos sujetos con interés en el litigio. En las medidas cautelares, conforme al interés que las justifica: el temor de la frustración o su urgencia, exigen suprimir o disminuir la instrucción y demorar la partición de uno de los interesados hasta que se hayan cumplido.”, en VARIOS AUTORES. (2013). Las medidas cautelares en el Proceso Civil. Lima: Gaceta Jurídica, pág.132.

Lo verosímil es considerado como lo que tiene forma exterior o apariencia de verdadero. En el caso del presupuesto de verosimilitud del derecho para la concesión de la medida cautelar, éste implica que la pretensión tenga un sustento jurídico que la haga discutible, pues lo que se requiere es un “humo” de la existencia del derecho en debate (o a debatir, tratándose de medida cautelar fuera del proceso), debiendo ser probable que se pueda demostrar mediante la comprobación de los hechos.

Es preciso recalcar, que en algunos casos la ley presume la verosimilitud del derecho, por las situaciones de las personas, la naturaleza de la pretensión o por el estado del proceso en el cual se pide, así cuando se trata de medidas cautelares a favor de quien obtuvo sentencia favorable⁷⁸.

El solicitante de la medida cautelar “deberá demostrar al juez que la pretensión principal –que se intenta garantizar– tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia. Por tratarse de un mecanismo solicitado durante el transcurso del proceso resulta humanamente imposible que el juez pueda tener certeza de que la medida solicitada garantizará el futuro derecho a ser considerado por la sentencia. Adicionalmente, la propia estructura del pedido cautelar, al buscarse con urgencia un mecanismo que acabe con la situación de peligro, impide un análisis detallado de la fundabilidad de la pretensión llevada al proceso. Precisamente, por aquella situación de urgencia, el actor tan sólo se limita a presentar una información sumaria respecto de las posibilidades de su posición frente al proceso”⁷⁹.

⁷⁸ Cfr. KIELMANOVICH, Jorge L. (2000). Medidas cautelares. Op cit., pág. 52.

⁷⁹ MONROY PALACIOS, Juan José. (2002). Bases para la formación de una Teoría Cautelar. Lima: Editorial Comunidad, pág. 170.

La verosimilitud “no es un juicio emitido al azar ni sobre la base de intuiciones del juzgador, sino que es un juicio que, sin llegar a basarse en la certeza, es pasible de ser corroborado con los medios de prueba que se haya ofrecido en el pedido cautelar”⁸⁰; es decir, el juzgador analizará los documentos acompañados por el solicitante de la medida cautelar, y se tendrá que presentar una apariencia razonable de que si se pronunciase la sentencia se declararía fundada la demanda.

En su oportunidad el Tribunal Constitucional ha señalado que: “si la medida cautelar tiende a asegurar la efectiva tutela de una pretensión principal, es razonable que la adopción de esta medida tenga como presupuesto la apariencia de buen derecho constitucional, que no responde a que la pretensión sea probablemente estimada (juicio subjetivo), sino a que la misma pueda serlo (juicio objetivo). De allí que lo que se exige del juzgador en este caso es un juicio simple de verosimilitud, es decir, que mediante los documentos acompañados por el solicitante de la medida cautelar se genere en el juez la apariencia razonable de que si se pronunciase la sentencia se declararía fundada la demanda. No se le exige al juez un juicio de certeza, pues éste es exigible al momento de sentenciar”⁸¹.

El doctrinario Angeles Jove manifiesta que “...como la medida tiene por finalidad asegurar la eficacia de la sentencia que vaya a dictarse sobre el fondo del asunto, no puede exigirse la certeza. Si así fuera, prolongaríamos el incidente de adopción de la medida hasta prácticamente haber obtenido una sentencia

⁸⁰ PRIORI POSADA, Giovanni F. (2006). La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental. Op. Cit., pág. 74.

⁸¹ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional 0023-2005-PI/TC fundamento 52.

definitiva, y no sólo se incurriría en una absurda duplicidad de la instrucción, sino que se produciría el obstáculo que la medida está llamada a superar: el retraso en la obtención de la decisión judicial”⁸².

B. Peligro en la demora.

En efecto, las medidas cautelares tienden a impedir que el transcurso del tiempo pueda incidir negativamente en la factibilidad del cumplimiento de la sentencia.

El presupuesto de peligro en la demora se fundamenta en el riesgo de que el proceso se torne ineficaz impidiendo que el demandante obtenga la tutela efectiva que pretende: “El *periculum in mora*”⁸³ está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Su existencia no está sustentada necesariamente en la posibilidad de que actos maliciosos del demandado impidan el cumplimiento de lo pretendido por el demandante sino también en que el solo transcurso del tiempo constituye de por sí una amenaza que merece una tutela excepcional. No se trata de proteger al afectado del daño genérico que implica un conflicto de intereses, pues éste es tutelado, precisamente, por un proceso judicial. El *periculum in mora* está destinado, específicamente, a proteger que lo pedido al momento de demandar

⁸² HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2002). El embargo y otras medidas cautelares: doctrina-jurisprudencia-práctica forense. Op cit., pág. 38.

⁸³ Véase CALAMANDREI, PIERO. (2005). Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Lima: ARA Editores, págs. 42 – 44.

(petitorio) sea pasible de obtener una tutela efectiva en caso de que la sentencia declare fundada la demanda”⁸⁴

Exige que debe existir indicios claros para pensar que de esperarse a obtener el fallo definitivo en el proceso constitucional, se agravaría considerablemente o de modo irreparable, la salvación del derecho constitucional involucrado. En otras palabras, cuando la efectividad de la futura sentencia (que importa la efectividad de los derechos sustanciales, lo que constituye el fin mayor del proceso) se encuentre en riesgo⁸⁵.

La doctrina mayoritaria, señala que el peligro en la demora se encuentra vinculado a la posibilidad razonable de que lo solicitado en la pretensión sufra un perjuicio, menoscabo o daño; sea irreparable o no, en el transcurso del proceso, es decir, que exista el peligro objetivo de ocurrencia de un evento sea natural o voluntario que haga imposible o limite la realización de los intereses cuya satisfacción se ha solicitado vía pretensión⁸⁶.

⁸⁴ MONROY PALACIOS, Juan José. (2002). Bases para la formación de una Teoría Cautelar. Op cit., pág.176.

⁸⁵ RUBIO CORREA, marcial. (2005). La interpretación de la constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: PUCP, Fondo Editorial, pág. 271.

⁸⁶ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2002). El embargo y otras medidas cautelares: doctrina-jurisprudencia-práctica forense. Op cit., págs. 41-42; MONROY GÁLVEZ, Juan F. (2004). La formación del proceso civil peruano. 2a ed., Lima: Palestra Editores, pág.92; MESÍA RAMÍREZ, Carlos. (2012). Régimen de las Medidas Cautelares en los Procesos Constitucionales de Tutela de Derechos. Op. Cit., pág. 21.

La profesora BARONA VILAR, Silvia, ha señalado lo siguiente: “la necesidad de tutela cautelar se presenta cuando hay un riesgo que amenaza la efectividad del proceso y de la sentencia, que puede traducirse en:

- la insolvencia del demandado como supuesto que afecta la efectividad de la sentencia en sentido genérico;
- la desaparición de un bien cuando éste se debe entregar, lo que afecta la sentencia en un supuesto de ejecución específica,
- amenaza de la efectividad de la ejecución por no haber adoptado las medidas cautelares correspondientes,

Este requisito, en buena cuenta, condiciona que todo el esfuerzo desplegado en los actos pre procesales y procesales devenga en inútil dejando sin tutela jurisdiccional efectiva al demandante.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al presente presupuesto indicando que, "... se encuentra referido al daño constitucional que se produciría o agravaría, como consecuencia del transcurso del tiempo, si la medida cautelar no fuera adoptada, privando así de efectividad a la sentencia que ponga fin al proceso"⁸⁷.

C. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

El presente requisito para conceder una medida cautelar, está referido a que "debe existir una correlación entre la situación jurídica que se pretende garantizar y la medida cautelar que se pide para garantizarla. En efecto, es menester que la medida sea coherente, congruente y proporcional con lo que se desea asegurar, lo que exige que el Juez⁸⁸ realice un ejercicio de ponderación de la medida cautelar solicitada frente al objeto de su aseguramiento (la

-
- el riesgo de que pierdan utilidad práctica los efectos no ejecutivos de la sentencia - sentencias declarativas o constitutivas- como en el caso de declaración de derecho de propiedad de un bien y el demandado lo enajenó durante el proceso". BARONA VILAR, Silvia. Las Medidas Cautelares. Citada por: HURTADO REYES, Martín. (2006). Tutela Jurisdiccional Diferenciada. Lima: Palestra Editores, págs. 252 - 253.

⁸⁷ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional 0023-2005-PI/TC fundamento 52.

⁸⁸ Es oportuno señalar que VARIOS AUTORES. (2013). Las medidas cautelares en el Proceso Civil. Op cit., pág. 144: "el juez: (i) no deberá emitir una medida cautelar en donde el sujeto activo de la misma obtenga más de aquello que le será reconocido en la tutela de fondo, en donde el derecho alcanza su plena y definitiva realización; ii) deberá evitar disponer medidas cautelares con un contenido y efectos objetivamente irreversibles o que sean de difícil reversión; iii) deberá tener en cuenta los intereses del sujeto pasivo evitando que la medida le produzca efectos efectivamente dañosos."

pretensión principal), lo que configura el requisito de razonabilidad de la medida, el cual importa que con ella se pueda asegurar de mejor manera la pretensión principal del proceso”⁸⁹.

Como señala el artículo 15° del Código Procesal Constitucional “su procedencia, trámite y ejecución depende del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la decisión final”; lo que resulta de vital importancia que exista siempre la posibilidad de regresar las cosas al estado anterior, es decir que sea posible retroceder las situaciones a como estaba antes de la concesión de la medida cautelar. Asimismo cuando señala la norma mencionada, “el juez al conceder la medida cautelar atenderá al trámite de irreversibilidad de la misma”, está vinculado a su discrecionalidad de juez de conceder o no la medida cautelar, y esta libertad del juez no supone arbitrariedad⁹⁰.

Una vez más el Tribunal Constitucional se pronuncia por los requisitos que debe reunir la medida cautelar, al respecto del presente señala “este presupuesto exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o en todo caso, dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue”⁹¹.

La medida cautelar va a alterar la relación material, al momento de concederla “el Juez debe regirse por el principio de mínima injerencia para no

⁸⁹ VARIOS AUTORES. (2013). Las medidas cautelares en el Proceso Civil. Op cit., pág. 144.

⁹⁰ Cfr. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. (2012). Régimen de las Medidas Cautelares en los Procesos constitucionales de Tutela de Derechos. Op. Cit., pág. 22

⁹¹ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional 0023-2005-PI/TC, fundamento 52.

afectar más de lo estrictamente necesario los intereses del afectado con la medida, tanto en el tipo de medida como en el quantum de la misma (de ser el caso). Por ello, debe resaltarse la importancia de este requisito, pues incide en la prevención de medidas cautelares ilícitas, por cuanto su inobservancia “distorsiona la finalidad de las medidas, convirtiéndolas, en muchas ocasiones, en mecanismos de presión psicológica o medios para obtener una tutela satisfactiva.”⁹²

A lo expresado se tiene que estos requisitos se encuentran reconocidos en el artículo 15 del Código Procesal Constitucional, señalando:

Artículo 15.- Medidas Cautelares

“Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3 de este Código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

Su procedencia, trámite y ejecución dependerán del contenido de la pretensión constitucional intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión final, a cuyos extremos deberá limitarse. Por ello mismo, el Juez al conceder en todo o en parte la medida solicitada deberá atender a la irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda

⁹² JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. Apuntes sobre medidas cautelares, en <http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/Apuntes%20s...pdf>, ubicado el 20 de noviembre de 2012.

ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad.

En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672."

2.2.5.7. FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

A. Fundamento:

Se encuentra "en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo, asegurando en forma preventiva el resultado práctico o la eficacia de la sentencia principal recaída en un proceso de conocimiento o de ejecución"⁹³. Por lo que, más que hacer justicia, la medida cautelar está

⁹³ BELSITO, Cecilia. (2005). Tutela judicial efectiva. Op. Cit., pág. 171.

destinada a asegurar que lo justo alcance el cumplimiento eficaz de su contenido.

B. Finalidad:

- Evitar que se burlen las decisiones judiciales; o más bien garantizar que la voluntad de la ley emitida por la jurisdicción efectivamente se materialice, porque la misma se puede ejecutar.
- Evitar la insolvencia del obligado, que es un corolario de la primera finalidad mencionada.
- Garantizar el crédito insoluto o el cumplimiento obligacional, la ley consagra medios de certeza para que el triunfador de un litigio lo sea realmente, es decir, no sea burlado en los derechos que obtiene con una decisión judicial.

El autor Carlos Mesias señala que las medidas cautelares cuentan con una doble finalidad: una abstracta y otra concreta. La primera, persigue el logro del valor eficacia como la aceptación social de la actividad jurisdiccional. La segunda busca asegurar el cumplimiento del fallo definitivo. Es necesario recordar que no existiría debido proceso, no Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por esta⁹⁴.

⁹⁴ Cfr. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. (2012). Régimen de las Medidas Cautelares en los Procesos constitucionales de Tutela de Derechos. Op. Cit., pág. 22

2.2.5.8. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Dentro de las clasificaciones que la doctrina ha realizado, agrupa a las medidas preventivas por la naturaleza del órgano que las dicta y en tal sentido aparecen tres tipos de medidas preventivas:

- Medidas cautelares jurisdiccionales⁹⁵: es decir, aquellas medidas que las dicta el órgano jurisdiccional, el Tribunal, y que son llamadas también medidas procesales o judiciales. Son las conocidas en el mundo del litigio profesional, las que en juicio, se hacen valer para obtener la providencia, y consiguientemente, la finalidad buscada.
- Medidas cautelares administrativas⁹⁶: son algunas medidas dictadas por el Poder Público, o más específicamente por el Poder Ejecutivo, que como dijimos al ser dictadas por órgano distinto del poder judicial, carecen de jurisdiccionalidad y pueden revisados y revocados por éste
- Medidas cautelares convencionales⁹⁷: que son aquellas que emanan de la voluntad de ambas partes, pero cuya capacidad para decretarla y ejecutarla descansan siempre en la jurisdicción o en nombre de ella. Las partes pueden fijar dentro de una relación jurídica, sanciones específicas a un eventual incumplimiento de cualesquiera de los signantes (cláusulas penales), pudiendo muchas de ellas tener carácter preventivo o cautelar. El cumplimiento, es decir el decreto y ejecución,

⁹⁵ BELSITO, Cecilia. (2005). Tutela judicial efectiva. Op. Cit., pág. 19.

⁹⁶ Ibídem

⁹⁷ Ibídem

de esa sanción específica, con la naturaleza cautelar solo puede ser ejercida por la jurisdicción, nunca fuera de ella.

El doctrinario sobresaliente en el tema de medidas cautelares Calamandrei⁹⁸ ensaya a una sistematización doctrinaria de las medidas preventivas fundada en la relación de instrumentalidad, que liga la providencia cautelar o lo principal; señala cuatro grupos:

- Providencias instructorías anticipadas encaminadas a fijar y conservar elementos de pruebas, positivos o negativos que podrán ser utilizados después en el proceso definitivo, o sea, lo que se conoce como conservación y aseguramiento de la prueba.
- Providencias de aseguramiento de la futura ejecución forzada.
- Providencias que deciden interinamente una relación controvertida, para evitar daños irreparables por el transcurso del tiempo hasta que se decida definitivamente la cuestión)
- La caución que el juez puede ordenar, preste al interesado, para obtener una ulterior providencia judicial.

El profesor Francisco Carnelutti⁹⁹, distinguió el proceso conservativo del proceso innovativo, teniendo las siguientes clases de medidas cautelares:

⁹⁸ Véase CALAMANDREI, PIERO. (2005). Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Op cit.

⁹⁹ CARNELUTTI, Francisco. (1971). Derecho y Proceso. Buenos Aires: Ejea, Tomo I, págs. 415-416.

- Las medidas de no innovar: estas buscan conservar o inmovilizar una situación de hecho para impedir los cambios que luego pudieran frustrar el resultado del proceso principal, careciendo de efectos retroactivos¹⁰⁰.
- Las medidas innovativas: “Tiende a alterar el estado de hecho y de derecho existente antes de su petición y ejecución. Esta modificación o variación se produce sea ordenándose que alguien deje de hacer algo o que se empiece a hacer algo que no se viene ejecutando. En cualquiera de ambos casos, como es obvio, se entiende que el juzgador considera que la actividad que debe dejar de realizarse o que la omisión en que se realice otra, es una situación contraria a derecho”¹⁰¹. Medida cautelar concedida por el juez y que contiene la orden de que se modifique el estado material (situación real) que rodea al proceso.

Se trata de una medida cautelar excepcional, ya que su uso sólo debe concretarse cuando la posibilidad de aplicar otras medidas tradicionales ha sido descartada por carecer de efectividad.

2.2.5.9. LEGISLACIÓN COMPARADA

A. En México

Llamada suspensión del acto reclamado, definiéndola el profesor Ignacio Burgoa como “aquel proveído (auto o resolución que concede la suspensión de plano u oficiosa, provisional o definitiva) creador de una situación de

¹⁰⁰ Cfr. ABAD YUPANQUI, Samuel B. (2008). El proceso constitucional de amparo: su aporte a la tutela de los derechos fundamentales. 2a ed., Lima: Gaceta Jurídica, pág. 589.

¹⁰¹ MONROY GÁLVEZ, Juan F. (2004). La formación del proceso civil peruano. Op cit., pág. 94.

paralización o cesación, temporalmente limitada, de un acto reclamado de carácter positivo, consistente en impedir para lo futuro el comienzo o iniciación, desarrollo o consecuencias de dicho acto, a partir de la mencionada paralización o cesación, sin que se invaliden los estados o hechos anteriores a estas y que el propio acto hubiese provocado”¹⁰².

Para el procesalista Hector Fix Zamudio,” ha calificado a la suspensión como una medida cautelar y, por ende, estima que le resultan aplicables los lineamientos fijados por la doctrina procesal”. Por su parte la Corte Suprema de Justicia mediante resolución consideró que “si la provisión cautelar, como mera suspensión, es ineficaz, debe dictar medidas que implican no una restitución, sino una adelanto provisional del derecho cuestionado, para resolver posteriormente en forma definitiva, si el acto reclamado es o no inconstitucional”¹⁰³.

La figura de la suspensión del acto, nació en México desprovista de las categorías conceptuales propias de la teoría cautelar; y fue el derecho procesal el que precisó los alcances de dicha institución.

B. En España:

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contempla en sus artículos 56 a 58 la posibilidad que el Tribunal Constitucional disponga la suspensión de la

¹⁰² BURGOA, Ignacio. (2004). El juicio de Amparo. 40° ed., México: Porrúa, pág., 711.

¹⁰³ Citado por ABAD YUPANQUI, Samuel B. (2008). El proceso constitucional de amparo: su aporte a la tutela de los derechos fundamentales. Op. cit., pág. 563.

ejecución del acto impugnado. En términos generales, la suspensión presenta las siguientes características¹⁰⁴:

- Se trata de una medida cautelar que tiende a conservar la situación jurídica de la parte mientras dura el proceso
- La expide una de las Salas del Tribunal Constitucional de oficio o a instancia de parte y solo cuando la ejecución del acto lesivo pudiera ocasionar un perjuicio que haga que el amparo pierda su finalidad. Se puede dictar en cualquier tiempo, siempre que sea antes de la sentencia.
- La Sala puede rechazar el pedido cautelar si de concederse pudiera producirse una perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales de un tercero.
- El trámite para concederla es incidental, con audiencia de las partes y el Ministerio Fiscal por el plazo de tres días. Sin embargo el Tribunal Constitucional en situaciones excepcionales, derivadas de la urgencia del caso, ha adoptado medidas cautelares inaudita parte.
- Tratándose de amparo ordinario, la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa permite dictar medidas cautelares sin audiencia a la otra parte en aquellos casos en los que concurren circunstancias de especial urgencia o en supuesto de vías de hecho e inactividad administrativa.

¹⁰⁴ Ibídem

C. En Colombia

La Constitución de 1991 diseñó a la tutela como un proceso constitucional destinado a proteger los derechos fundamentales. Es más, para garantizar una protección judicial efectiva reguló la denominada tutela transitoria que puede ser utilizada, pese a la existencia de otros medio de defensa judicial como un “mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”¹⁰⁵.

Es decir, la legislación colombiana, ha tratado de proteger de manera eficaz los derechos fundamentales, regulando medidas cautelares previas al proceso – tutelas transitorias (medidas cautelares fuera del proceso, es decir, medida cautelar solicitada antes de la interposición de la demanda)-e incluso en el propio proceso a través de la llamada suspensión del acto.

En definitiva, esta legislación mantiene un adecuada regulación de la medida cautelar en el amparo. La urgencia que lo caracteriza no significa que en él no deba introducirse una institución de tal naturaleza; ya que podrán variar sus alcances y procedimiento, pero lo que resulta claro es su importancia para la tutela efectiva de los derechos fundamentales (finalidad del proceso de amparo)¹⁰⁶.

D. En argentina:

Regulada por la Ley 16986 en su artículo 15 la suspensión del acto lesivo, donde la doctrina señala las siguientes características:

¹⁰⁵ ABAD YUPANQUI, Samuel B. (2008). El proceso constitucional de amparo: su aporte a la tutela de los derechos fundamentales. Op. cit., pág. 568.

¹⁰⁶ Ibídem

- La suspensión del acto impugnado es una medida cautelar de no innovar, en consecuencia le son aplicables los presupuestos propios de toda medida cautelar.
- Al ser una medida de no innovar, no procede frente a hechos consumados, ni contra las omisiones. La suspensión se limita a detener el acto lesivo y conservar el statu quo existente, o evitar su inmediata ejecución si se trata de una amenaza.
- Su procedimiento al no ser previsto por dicha ley, se aplica supletoriamente el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

2.2.6. MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE AMPARA O RECHAZA LA MEDIDA CAUTELAR.

Como bien es sabido, la decisión que ampara o rechaza la medida cautelar debe ser debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

Es una “obligación constitucional y legal de motivar las resoluciones judiciales. La decisión que ampara o deniega un pedido de medida cautelar es una resolución de gran trascendencia, pues contiene la concesión o rechazo de la tutela de urgencia que el solicitante ha pedido, por lo que la falta de motivación de la misma conlleva el ejercicio arbitrario del poder”¹⁰⁷. Si bien la legislación señala que la resolución debe estar motivada, bajo sanción de nulidad, es solo marcar el énfasis de la importancia de la tutela cautelar, lo que no debe dejar de tenerse presente.

¹⁰⁷ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. Apuntes sobre medidas cautelares.

Pues bien, el artículo 139 de la Constitución Política del Estado establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional:

“5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

El Tribunal Constitucional ha señalado de modo reiterado que el derecho a la motivación de resoluciones judiciales es un componente esencial del derecho al debido proceso, precisando que:

“es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, justifiquen sus decisiones, asegurando que la potestad de administrar justicia se ejerza con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una

suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”¹⁰⁸.

En consecuencia la motivación de las resolución judiciales es un derecho fundamental de toda persona, es innegable y “radica en la propia dignidad de la persona humana a ser tratada dentro de cualquier relación con el poder público con respeto a su condición de ser racional capaz de entender las razones que llevan a los órganos jurisdiccionales a tomar sus decisiones, garantizando de esta manera que estas son imparciales, razonables y no arbitrarias, permitiendo, de ser el caso, un mejor ejercicio del derecho de defensa o una comprensión de la decisión final del órgano jurisdiccional, que haga más llevadero los efectos que esta produzca a las partes”¹⁰⁹.

Por otro lado, existen numerosas formas de vulnerar este derecho (o incumplir con la obligación de motivar), siendo las más comunes la no motivación (inexistencia de motivación) y la llamada motivación aparente (que puede considerarse una forma de no motivación, puesto que se la cubre bajo un manto de palabras y frases inconducentes)¹¹⁰. De esta manera, se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando hay solo una apariencia de motivación, en el sentido que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión; y no solo se produce la trasgresión al derecho de la persona sino también trasgrede el juez a dictar una resolución judicial debidamente motivada (es decir no cumple con su obligación).

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1313-2005-HC/TC. fundamentos 10,11

¹⁰⁹ APARICIO ALDANA, Rebeca Karina. (2012). Contenido constitucional del derecho a la debida motivación interna y externa de las resolución judiciales. Revista: Actualidad Jurídica, Tomo 220 - Marzo, Lima: Gaceta Jurídica, pág. 198.

¹¹⁰ Cfr. JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. Apuntes sobre medidas cautelares

Cabe precisar que la doctrina hace diferencia entre motivación y fundamentación en derecho, estos no son conceptos de sinónimos, aunque están íntimamente relacionados. “Una resolución puede estar fundada en Derecho y no ser razonada o motivada, puede citar muchas disposiciones, pero no explicar el enlace de esas normas con la realidad que se está juzgando. Asimismo una resolución puede ser razonada y motivada, pero no estar fundada en Derecho, supuesto que se daría si un juez justificara su resolución en principios puramente filosóficos, ajenos al ordenamiento jurídico o no reconocibles como aplicación del sistema jurídico”¹¹¹. En suma, la motivación es la explicación de la fundamentación jurídica de la solución que se da al caso concreto que se juzga, no bastando una mera exposición sino que ha de ser un razonamiento lógico.

Es por ello, que la falta de motivación conduce a la arbitrariedad¹¹², ya que esta última supone la no exposición de la causa de la decisión o la exposición de una causa ilógica, irracional o basada en razones no atendibles jurídicamente, de tal forma que la resolución aparece dictada sólo con base en voluntad o capricho del que la toma, como un puro voluntarismo¹¹³.

¹¹¹ CHAMORRO BERNAL, Francisco. (1994). La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la constitución. Barcelona: Editorial Bosch, pág. 207.

¹¹² Una resolución puede ser arbitraria no sólo porque no sea motivada y por tanto no ponga de manifiesto la razón de la misma, sino también porque, aun siendo aparentemente motivada, tal motivación sea claramente impertinente, no tenga nada que ver con lo que se está cuestionando, no sea jurídicamente atendible o no merezca el nombre de tal. Extraído de CHAMORRO BERNAL, Francisco. (1994). La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la constitución. Op. cit.

¹¹³ *Ibídem*.

2.2.7. IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y FINES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES -AMPARO:

Los derechos fundamentales son aquellos atributos de la persona que, por ser inherentes a ella, están colocados en la cúspide del ordenamiento jurídico; reconocidos en nuestra Constitución; sin embargo, su presencia en las constituciones no es suficiente para que seas efectivos, por eso se ha reconocido la necesidad de crear instrumentos procesales dirigidos a su protección¹¹⁴.

Es por ello que se crearon los procesos constitucionales, institutos que no pueden entenderse de modo aislado de los derechos fundamentales, pues tales derechos sólo podrían realizarse en la medida en que cuenten con mecanismos rápidos, adecuados y eficaces para su protección. Así, a los derechos fundamentales, además de su condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, les es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo¹¹⁵.

Existiendo la íntima relación entre derechos fundamentales y procesos constitucionales. En el artículo 2 del Código Procesal Constitucional señala “son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales”. En ese

¹¹⁴ Cfr. CAIRO ROLDÁN, Omar. (2004). Justicia constitucional y procesos de amparo. Op. cit., pág. 218.

¹¹⁵ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional 0023-2005-PI/TC, fundamento 8.

sentido, la mejor tutela de los derechos fundamentales será el norte a seguir mediante el proceso de amparo y de las normas procesales que lo regulan.

Por lo que resulta de suma importancia que, el magistrado tiene el deber de aplicar el principio de elasticidad de las normas procesales¹¹⁶, de modo que estas se adecuen al cumplimiento de la finalidad del proceso constitucional. Así el juez deberá flexibilizar su cumplimiento con miras a una mayor protección de los derechos fundamentales y de la primacía de la Constitución.

Es por ello, que la importancia del proceso de amparo, así como de las medidas cautelares dictadas en su trámite, radica en la protección de derechos fundamentales, otorgando una tutela rápida acorde a las circunstancias.

2.2.8. ZONA SENSIBLE DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE AMPARO

El proceso de amparo está pensado para tutelar derechos fundamentales, por eso suele tener plazos breves y una cognición limitada. Dentro de su relativa rapidez, las medidas cautelares son un mecanismo aún más célere para proteger lo solicitado en la pretensión. Pero, “no puede negarse que actualmente la posibilidad de abuso en el dictado de medidas cautelares es una realidad latente. Y lo es, porque el sistema de justicia peruano mantiene debilidades estructurales en cuanto a la protección de la independencia de los jueces, capacitación,

¹¹⁶ MONROY GÁLVEZ, Juan. (1996). Teoría general del proceso civil. Bogotá: Temis.; Véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2009). Estudios y jurisprudencia del Código procesal Constitucional. Lima: Gaceta jurídica, págs. 56-57.

ausencia de mecanismos efectivos para la lucha contra la corrupción, entre otros reportados por los diversos informes sobre el particular”¹¹⁷.

Por un lado, las medidas cautelares que han sido expedidas, en la mayoría de los casos han sido por un juez civil o mixto, no por un juez constitucional. Lo que puede generar, “por no tener la formación constitucional, son jueces que no valoran la doble dimensión subjetiva y objetiva que debe confluir en un proceso de amparo y en una medida cautelar”¹¹⁸. Al respecto, algunos jueces al resolver solo persiguen la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, olvidándose que también debe comprenderse la tutela objetiva de la Constitución, buscando compensar y equilibrar los intereses que le pudieran corresponder a la parte que solicita la medida cautelar, así como aquellos que le pudieran corresponder a la parte demandada; dejando de lado los requisitos para aceptar o rechazar una solicitud cautelar. Por lo que es necesario que el juez que conozca estas solicitudes de medidas cautelares en los procesos de amparo mantenga un perfil óptimo en materia constitucional.

Por otro lado, “la práctica del derecho no debe estar orientada intencionalmente a pedidos de medidas que, desde su origen y de manera manifiesta, están condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado trámite en la búsqueda

¹¹⁷ Ver: Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia. “Plan Nacional Para la Reforma Integral de la Administración de Justicia”. Versión Mimeo, 2004; en <http://www.justiciaviva.org.pe/ceriajus.htm> ubicado el 9 de febrero del 2013. Asimismo para mayor ejemplificación puede revisarse BAZÁN SEMINARIO, Cesar. (2011). Las crisis de las medidas cautelares en el proceso de amparo. Revista: Gaceta Constitucional, Tomo 38 – Febrero 2011, Lima: Gaceta Jurídica, págs. 83 – 95.

¹¹⁸ CASTRO BELAPATÍÑO, Ricardo. (2011). Uso y Abuso de las medidas cautelares en procesos de amparo contra el estado peruano. Revista: Gaceta Constitucional, Tomo 38 – Febrero 2011, Lima: Gaceta Jurídica, pág. 100.

de la verdad constitucional (de carácter material), que es inherente a todo proceso constitucional”¹¹⁹.

Si bien toda parte actora goza del derecho fundamental al debido proceso y la posibilidad de recurrir a la tutela cautelar, ello “no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino de la jurisdicción constitucional en la realización de los fines que le son propios¹²⁰”. En este orden de ideas, al solicitarse una medida cautelar, no se podrá alegar hechos contrarios a la realidad, para fines ilegales o con propósitos fraudulentos, porque ello resulta ser expresión de deslealtad constitucional.

Es necesario reiterar que, la función que cumplen las medidas cautelares en el proceso y su importancia para contrarrestar los perjuicios que la duración del proceso puedan provocar al demandante, nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva¹²¹. Sin no se cumpliera esta función pues devendría en inoperante el instrumento de medida cautelar, y absurdo éste en un proceso de amparo.

¹¹⁹ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional 0023-2005-PI/TC.

¹²⁰ *Ibíd*em

¹²¹ Cfr. PRIORI POSADA, Giovanni F. (2006). La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental. Op. Cit., pág. 27.

CAPITULO III.- RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.- MEDIDAS CAUTELARES DERIVADAS DE LOS PROCESOS DE AMPARO, CON UNA DISPOSICIÓN DE INOBSERVANCIA DE LOS FINES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES -AMPARO Y LA NATURALEZA SUI GENERIS-PRESUPUESTO QUE DEBE REUNIR, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

En nuestro país se considera que el proceso de amparo constituye, por antonomasia, el medio protector que dispone la persona para hacer frente al embate del arbitrario poder de la autoridad; a través de este medio de control, se hace imperar el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por nuestro Ordenamiento Jurídico.

Sin embargo, de nada serviría una salvaguarda de esa naturaleza, si no existiera un mecanismo que lograra contener la agresión del autoritario proceder del ente de gobierno, durante el tiempo que se requiriera para resolver en definitiva si resulta constitucional o no el actuar de la autoridad; es decir nos estamos refiriendo a la medida cautelar.

La medida cautelar llamada también preventiva o precautoria es aquella institución procesal mediante la cual el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, asegura la eficacia o el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso que dirige, anticipando todo o determinados efectos del fallo, en razón de existir verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en que la demora en la sustanciación de la *litis* traiga como consecuencia que la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho.

Una de las razones, probablemente la decisiva, que ha determinado el frecuente empleo del amparo en el Perú, ha sido la posibilidad de poder contar rápidamente con una resolución cautelar que permita suspender provisionalmente el acto reclamado. Esta posibilidad de obtener una resolución con tales características ha generado serios problemas en nuestra experiencia cotidiana, los cuales no se han limitado a enfrentar a las partes en litigio, sino que además se ha debido al empleo abusivo efectuado por ciertos abogados, y a la equivocada actuación de algunos magistrados quienes se han sentido armados de facultades que la Constitución jamás les reconoció, lo que ha traído consigo desnaturalizar el instituto de medida cautelar.

3.1.1. INOBSERVANCIA DE LA NATURALEZA SUI GENERIS

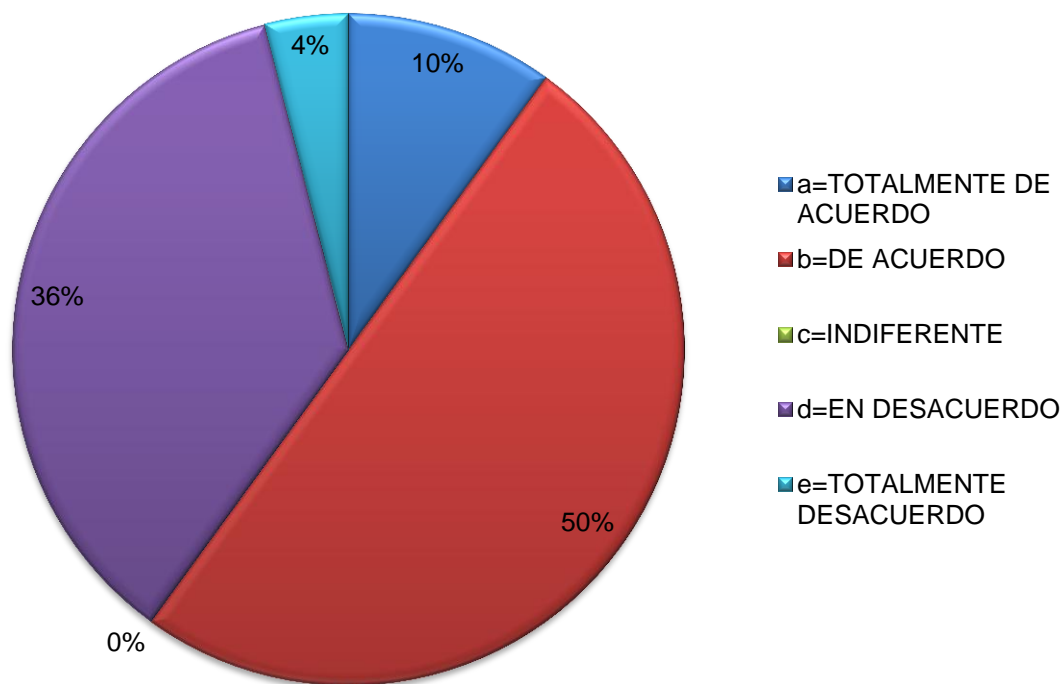
Las medidas cautelares en un proceso de amparo implica que estas deben contener todos los requisitos como son: la verosimilitud del derecho invocado; peligro en la demora; y la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión. Sin embargo, la presencia de estos tres requisitos indispensables, no siempre se cumplen, lo que conduce a los magistrados a rechazar las solicitudes de medidas cautelares, o se cumplen pero estas no son atendidas; lo que trae consigo, generar diferencia de opiniones entre magistrados y abogados; asimismo estas en oportunidades no han sido debidamente valoradas.

Según la entrevista realizada a los magistrados de los siete juzgados civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque aunado a ello los seis

magistrados superiores (que conforman las dos salas civiles) –entrevista aplicada en Junio del 2014: todos coinciden que como servidores de justicia al presentarse una medida cautelar en un proceso de amparo, evalúan dichas solicitudes, i) la verosimilitud del derecho invocado, la misma que implica que la pretensión tenga un sustento jurídico que la haga discutible, pues lo que se requiere es un “humo” de la existencia del derecho en discusión, debiendo ser probable que se pueda demostrar mediante la comprobación de los hechos; ii) peligro en la demora vinculado a la posibilidad razonable de que lo solicitado en la pretensión sufra un perjuicio, irreparable o no, en el transcurso del proceso, es decir, que exista el peligro objetivo de ocurrencia de un evento que haga imposible o limite la realización de los intereses cuya satisfacción se ha solicitado vía pretensión; y iii) la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión, es decir que la medida cautelar sea coherente, congruente y proporcional con lo que se desea asegurar.

Por su parte en las encuestas aplicadas a los abogados-realizada en Junio del 2014, consideran que los magistrados del Distrito Judicial de Lambayeque – Juzgados Civiles, se han pronunciado sobre pedido de las medidas cautelares sin observancia de su naturaleza su generis, la misma que se grafica a continuación:

GRAFICO N° 1: Abogados que consideran que los magistrados se han pronunciado sobre pedido de las medidas cautelares sin observancia de su naturaleza su generis en proceso de amparo



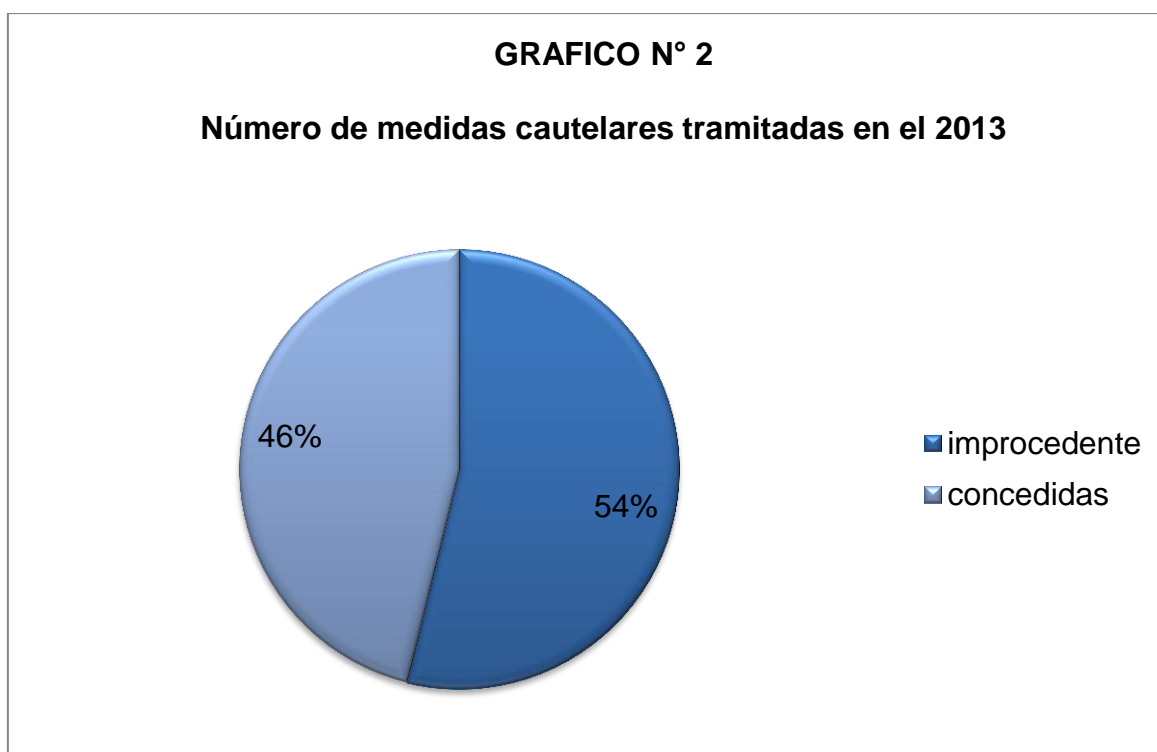
Extraído: mediante la encuesta aplicada en Junio del 2014
Elaborado: Olinda Noelia del Rocio Rojas Ruiz

Del Grafico N° 1, se observa que un 50% de abogados sostienen que las medidas cautelares dentro de un proceso de amparo no son atendidas observando su naturaleza sui generis; por otro lado un 36% considera que los magistrados al pronunciarse de las medidas cautelares observan su naturaleza sui generis, es se pronuncian de acuerdo a sus carcteristica que revisten y los requisitos que debe contener la misma.

Mi punto de vista al respecto, es que los magistrados de primera instancia, no están otorgando un debido tratamiento a las medidas cautelares, es decir se está inobservando su naturaleza *sui generis* - requisitos propios que debe reunir, siendo ello así, estaríamos frente a una desnaturalización de la medida cautelar en el proceso de amparo, pues estamos ante un considerable porcentaje de abogados que sostienen, el juzgador al pronunciarse de medidas cautelares no evalúa la naturaleza *sui generis* de estas, claro está los requisitos que debe reunir para ser concedida. Por otro lado, apoya a mi postura es que al ser estas apeladas son revocadas y concedidas. Lo que se comprueba con la opinión de los abogados que en su mayoría opinan (ver Tabla N° 1).

3.1.1.1. MEDIDAS CAUTELARES TRAMITADAS

En el periodo 2013, los Juzgados Civiles del Distrito Judicial de Lambayeque, un 46% de solicitudes de medidas cautelares en un proceso de amparo han sido concedidas; y un 54% han sido declaradas improcedentes, ello se grafica a continuación:



Extraído: mediante el fichaje aplicado en Junio del 2014
 Elaborado: Olinda Noelia del Rocio Rojas Ruiz

Seleccionando al azar y a fin de puntualizar este sub-punto de la tesis, se tiene la siguiente tabla:

Tabla N° 1:

ESTADO DE EXPEDIENTES - 2013				
N° DE EXP.	PRIMERA INSTANCIA	ESTADO	SEGUNDA INSTANCIA	ESTADO
2161-2013	CUARTO JUZGADO CIVIL	IMPROCEDENTE		
3101-2013	PRIMER JUZGADO CIVIL	IMPROCEDENTE		
2440-2013	QUINTO JUZGADO	IMPROCEDENTE	SALA	CONCEDE

	CIVIL		CONSTITUCIONAL	
2246-2013	CUARTO JUZGADO CIVIL	IMPROCEDENTE	SALA CONSTITUCIONAL	CONCEDE
2105-2013	CUARTO JUZGADO CIVIL	IMPROCEDENTE	SALA CONSTITUCIONAL	CONCEDE

Extraído: mediante la fichaje aplicado en Junio del 2014
Elaborado: Olinda Noelia del Rocio Rojas Ruiz

Del expediente 2161-2013 el Aquo declara improcedente la solicitud de la medida cautelar debido “el conflicto planteado en la demanda es uno que corresponde decidir en la sentencia con lo que expongan las partes y con análisis de los medios de prueba...” “... no se advierte que la alegada violación del derecho al trabajo y a la remuneración resulte aún verosímil”.

Del expediente 3101-2013 el Aquo declara improcedente la solicitud debido a que “...no se advierte que resulte verosímil el derecho de la actora”. De ello se reflexiona que basta que uno de los presupuesto no se presente en la solicitud de la medida cautelar para que no sea concedida tal solicitud.

Se reflexiona que las solicitudes planteadas, no reúnen los presupuestos para conceder la medida cautelar en el proceso de amparo, ya que basta que un presupuesto no se configure para que sea rechazada. Se puede deducir que por parte de los operados de la justicia, es decir de los abogados quienes son los que presentan las solicitudes de medida cautelar, pues presentan en oportunidades, dichos escritos sin demostrar u observar los presupuestos o naturaleza sui generis de las medidas cautelares; presentando solicitudes por pedir sin ajustarse a derecho.

Por otro lado, del expediente 2440-2013, se tiene que el Aquo declara improcedente la solicitud de medida cautelar al considerar que los argumentos expuestos por el actor no son suficientes para emitir una orden cautelar y asimismo estos guardan estrecha relación con la resolución del fondo de la controversia. Sin embargo en segunda instancia la Sala Constitucional, revoca lo resuelto por primera instancia, reformándola concediendo la medida cautelar debido: “estando a la naturaleza de los derechos involucrados la medida cautelar solicitada viene a ser la más idónea y razonable para su reguardo...” asimismo “al darse copulativamente los requisitos de verosimilitud del derecho y el peligro en la demora”, resulta también ser la más razonable, para que sea amparable la solicitud cautelar.

Del expediente 2246-2013, se tiene que el Aquo, declara improcedente la solicitud de medida cautelar al considerar que los argumentos expuestos por la actora no resultan contundentes y suficientes para la emisión de una orden cautelar; por su parte la Sala Constitucional precisa que la resolución apelada, el juzgado de origen sustenta de manera escueta su decisión de declarar la improcedencia del pedido de suspensión del acto denunciado como violatorio, y tan solo se limita el juzgado de origen a señalar que el pedido no cumple los requisitos para conceder la medida cautelar y no expresa las razones por las cuales el juzgador considera que no concurren los requisitos. Es decir, el juez Aquo, omite el deber de motivar adecuadamente la resolución judicial. Asimismo de la revisión de la solicitud de la medida cautelar, la Sala al observar la reunión de los presupuestos para conceder una medida cautelar, revoca la resolución de primera instancia y reformándola la concede.

Del expediente 2105-2013, se tiene que el Aquo, declara improcedente la solicitud cautelar, por cuanto: “el conflicto planteado en la demanda es uno que corresponde decidir en la sentencia”, y no en un proceso cautelar; de los documentos adjuntos a su solicitud “no se aprecia que la alegada violación del derecho al trabajo y a la remuneración resulte aún verosímil”; “por lo que no cumpliéndose los requisitos concurrentes que establece el artículo 15° del Código Procesal Constitucional”, la solicitud no es amparable. Al respecto la Sala Constitucional, señala que el Aquo ha efectuado una interpretación errónea de los fundamentos fácticos de la solicitud cautelar; precisando que si se han reunidos los requisitos exigibles para otorgar la medida cautelar, por consiguiente, revoca la resolución apelada, y reformándola concede.

Se reflexiona, que existe en considerable porcentaje de expedientes analizados, seleccionados al azar del periodo 2013 de los juzgados civiles de Chiclayo son declarados en primera instancia improcedentes y, estas al ser apeladas, en segunda instancia reformándola se concede la medida cautelar. Se desprende de los ejemplos - expedientes estudiados, los servidores de justicia – jueces, no califican u observan los presupuestos que deben reunir la medida cautelar, desvinculándose de su naturaleza sui generis, ya sea por falta de mayor conocimiento al respecto o por errónea interpretación. Lo que trae consigo un inadecuado tratamiento a las medidas cautelares en proceso de amparo; asimismo las resoluciones que emiten son escasas en motivación, siendo ello descabellado, por cuando estamos refiriéndonos a medidas cautelares de los procesos de amparo que por su naturaleza son procesos de importancia e urgencia en cuanto protegen derechos fundamentales y, por cuanto toda

resolución es deber del juzgado expresar sus motivos que conlleva a su decisión.

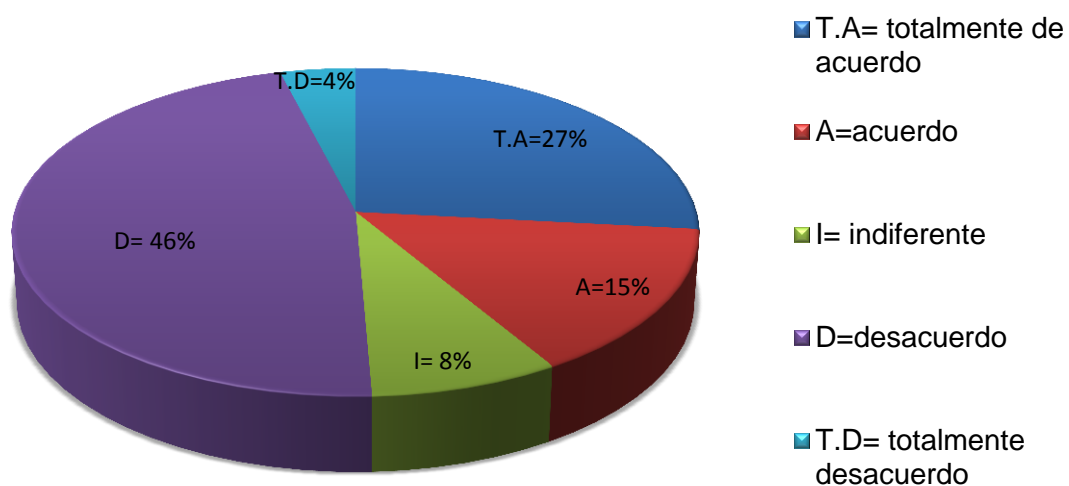
Si bien es cierto, los magistrados entrevistados sostienen la mayoría que ellos evalúan los requisitos para conceder una medida cautelar, sin embargo se admitió que puede haberse dado el caso que algún magistrado del distrito judicial, se ha pronunciado sobre pedido de las medidas cautelares sin observancia de su naturaleza *sui generis* o dicho sea de los requisitos que corresponda reunir, sea por falta de conocimiento u error, lo que trae consigo que sala revoque y conceda.

Sin dejar de lado, que en un 46% las medidas cautelares han sido concedidas, y, son escasas las resoluciones de concesión de medidas cautelares que son apeladas por parte del demandado (se precisa que al hacer la búsqueda de las resoluciones estudiadas, la mayoría han sido guardadas al archivo). Sin dejar de lado, lo resuelto por la Sala Constitucional de los expedientes arriba mencionados.

Asimismo a lo antes señalado, en la entrevista realizada a los magistrados de los juzgado civiles, mediante el cual se les pregunto en qué medida las medidas cautelares en proceso de amparo ingresadas en el año dos mil trece han sido atendidas sin inobservancia de su naturaleza *sui generis*, respondieron, que en su juzgado exigían que toda medida cautelar presentada debía reunir los requisitos, los mismos que son calificados en su oportunidad.

Por otro lado de la encuesta aplicada a los abogados, se tiene:

GRAFICO N° 3: Abogados que consideran que todas las medidas cautelares en un proceso de amparo son atendidas con observancia de su naturaleza sui generis



Extraído: mediante la encuesta aplicada en Junio del 2014
Elaborado: Olinda Noelia del Rocio Rojas Ruiz

Se desprende del Grafico N° 3: los abogados de manera general, consideran estar en desacuerdo en un 46%, las medidas cautelares en un proceso de amparo son atendidas con observancia de su naturaleza sui generis; es decir para ellos las medidas cautelares atendidas carecen de la debida atención a la naturaleza sui generis de las mismas.

Al respecto se puede precisar que la diferencia entre los que se encuentran en de acuerdo y desacuerdo es notoria; se puede afirmar que con el análisis de los expedientes arriba ejemplificados, existe operadores de justicia que no observan la naturaleza sui generis de las medidas cautelares y esto debido a una

falta de especialización del tema. No dejando de lado de precisar que existen solicitudes cautelares en regular porcentaje que han sido declaradas improcedentes por cuanto no se ajustan a lo exigible, es decir abogados hacen pedidos exagerados o no ajustados a derecho, agregado a ello, son escasas estas resoluciones de improcedencia que han sido apeladas.

3.1.1.2. NÚMERO DE MEDIDAS CAUTELARES QUE MENOSCABAN LA NATURALEZA SUI GENERIS

El Grafico N°2, estudio realizado al número de medidas cautelares, 54% de medidas cautelares son declaradas improcedentes, de la revisión de las resoluciones se obtiene que estas son revocadas, es decir hay una tendencia a menoscabar la naturaleza sui generis de las medidas cautelares por parte de los jueces- Aquo, ello dado por falta de especialización de los magistrados; falta de motivación en sus resoluciones, tal vez al volumen de expedientes que tiene por resolver, entre otros factores.

Asimismo, ello se corrobora con la encuesta realizada a los abogados defensores que se dedican al estudio de la presente materia de investigación, los mismos que en su mayoría, en su oportunidad señalaron estar en desacuerdo con los pronunciamientos de los jueces Aquo respecto a la calificación de las solicitudes cautelares. Dicho sea también, que los magistrados de segunda instancia revocan la resolución apelada y conceden la solicitud cautelar, precisándose que el Aquo en definitiva no ha hecho una debida evaluación a los presupuestos que debe reunir una solicitud cautelar para ser concedida;

generando ello mayor molestia al solicitante, por cuanto a la demora del pronunciamiento que en su oportunidad -primera instancia- debió ser amparable.

Dicho en el párrafo que antecede, trae consigo desnaturalizar este instituto cautelar para el cual fue creado, ya que, las medidas cautelares en vía de un proceso constitucional, tienen por fin, garantizar la ejecutoriedad de la sentencia, de forma que se impida que la continuación de la situación- aparentemente vulnerante del derecho constitucional del demandante se vea en riesgo de irreparabilidad.

Es pertinente hacer hincapié, que, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva recogido por el artículo 139°, inciso 3° de la Constitución Política comprende el acceso a la justicia y el derecho a un debido proceso, el cual consiste en un conjunto de garantías, tanto procesales como sustanciales, que garantizan la existencia de un llamado proceso justo; garantías que incluyen la posibilidad de que la resolución definitiva se cumpla, ya que, la tutela jurisdiccional efectiva contiene mecanismos que permitan garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva que se dicte (como son las medidas cautelares); pues de no ser así, existiría el riesgo de que el pronunciamiento favorable para alguna de las partes resulte lírico, sin base en la realidad, si es que ésta ya cambió o resulta materialmente imposible revertir la situación injusta que fue materia de la denuncia constitucional; de allí que el ordenamiento jurídico ha diseñado las medidas cautelares como un medio de posibilitar el cumplimiento de la decisión definitiva; las mismas que en los procesos de amparo tienen mayor transcendencia, dada la naturaleza de los derechos protegidos, lo cual no exime evidentemente de la verificación de los requisitos que exige.

- **Inobservancia de los Fines de los Procesos Constitucionales**

Una vez más, se hace relevancia a los fines de los Procesos Constitucionales: son garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, entre estos últimos tenemos una debida motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias. Lo que íntimamente vincula al tema debatible en la presente investigación.

El examen de la medida cautelar en sede constitucional importa, un análisis preliminar de los derechos fundamentales denunciados en atención a los recaudos acompañados, verificando si se cumplen los supuestos exigidos, pues en ellos reside el debate esencial de la pretensión que, *inaudita pars*, persigue la materialización de un estado de cosas anterior a la vulneración del derecho.

Del expediente arriba mencionado 2246-2013, se tiene obtiene que el Aquo sustenta de manera escueta su decisión al declarar la improcedencia del pedido de suspensión del acto denunciado como violatorio, y tan solo se limita a señalar que el pedido no cumple los requisitos para conceder la medida cautelar. No se expresa las razones por las cuales el juzgador considera que no concurren los requisitos, es decir omite el deber de una adecuada motivación de la resolución judicial. Sin dejar de mencionar, en el expediente 2105-2013, la Sala Constitucional, indica que el Aquo ha realizado una interpretación errónea de los fundamentos facticos de la solicitud cautelar.-

Al respecto, la obligación de motivar las resoluciones, al mismo tiempo que constituye un derecho de los litigantes, se transforma en garantía de sus respectivas alegaciones y pruebas efectivamente valoradas por el juzgador. “De

este modo permite comprobar el cumplimiento de la obligación del juez de tener en cuenta los resultados de la actividad de alegación y prueba de las partes, que así concretan su intervención en la formación de la resolución judicial, que es la esencia de la garantía de la defensa”¹²², por consiguiente toda resolución, como la que rechaza a una solicitud cautelar en el proceso de amparo debe ser motivada.

El instrumento jurídico recto a garantizar que el poder actúe racionalmente y dentro de unos límites, es la motivación, que representa “el signo más importante y típico de “racionalización” de la función judicial”¹²³. “La motivación es justificación, exposición de “las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable”¹²⁴, es por ello, que toda resolución debe estar debidamente motivada y no ser escueta o insuficiente.

En definitiva es una obligación constitucional motivar las resoluciones judiciales, en este caso, la decisión que ampara o deniega un pedido de medida cautelar. Ya que, está contiene la concesión o rechazo de la tutela de urgencia que el solicitante ha pedido, por lo que la falta de motivación de la misma conlleva el ejercicio arbitrario del poder, como bien ya se ha explicado en el capítulo anterior.

Así pues, toda medida cautelar importa un prejuzgamiento, lo que obliga al juez a realizar una proyección sobre si la demanda será amparada o rechazada, y de acuerdo a ello, determinar la apariencia del derecho, caso contrario, estaría

¹²² GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. (2002). Derecho procesal constitucional: Amparo: doctrina y jurisprudencia. Op. cit., pág. 433-434.

¹²³ GASCON ABELLÁN, Marina. (2004). Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, pág. 191.

¹²⁴ Ibidem.

omitiendo su deber de motivar adecuadamente la resolución judicial; aunado a ellos los demás requisitos exigibles para amparar una solicitud cautelar en un proceso de amparo.

3.1.2. FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

No cabe duda, que el proceso cautelar sirve de manera inmediata a la composición procesal de la *Litis*, pues su finalidad es la garantía del desarrollo o resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva. Es decir, es una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, vista su instrumentalidad o preordenación¹²⁵.

Las medidas cautelares lo que buscan, es restablecer la significación económica del litigio con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo: evitar la especulación con la malicia.

De esta manera, su finalidad no es otra que garantizar la efectividad de la pretensión, por razón del peligro de que por actos del demandado o de tenedores, de terceros o de la naturaleza, se pueda menoscabar o afectar los intereses del demandante durante la tramitación del proceso. Y ésta se vuelve más relevante cuando lo que se busca proteger son los derechos constitucionales que protege el proceso de amparo.

Las medidas cautelares en vía de un proceso constitucional, tienen por finalidad, garantizar la ejecutoriedad de la sentencia, de modo que se impida

¹²⁵ Cfr. CALAMANDREI, PIERO. (2005). Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Op cit.

que la continuación de la situación-aparentemente vulnerante del derecho constitucional del demandante-se vea en riesgo de irreparabilidad, por lo que el órgano jurisdiccional realiza un juicio legal prematuro de la sentencia¹²⁶, a fin que el derecho constitucionalmente protegido por medio del proceso de amparo, no se vuelva en irremediable.

De lo expuesto, se observa que las medidas cautelares tramitadas en el periodo 2013 en el Distrito Judicial de Lambayeque, debido a los análisis de los resultados expuestos, que anteceden, cumplen de manera tardía su finalidad, ya que estas al ser declaradas en primera instancia improcedentes, y segunda instancia las concede, se genera una pérdida de tiempo, cuando estas deberían ser tramitadas de acuerdo a derecho con rapidez, por las mismas características que reviste este instituto cautelar. Sin dejar de mencionar que existe un porcentaje que estas si son debidamente atendidas, es decir concedidas; asimismo que algunas solicitudes deviene en rechazarlas por no ajustarse a derecho.

3.1.3. PROTEGER DERECHOS DEMANDADOS Y EVITAR QUE EL DAÑO SE VUELVA IRREPARABLE.

Si bien la medida cautelar busca proteger los derechos de demandados, de los instrumentos aplicados se puede deducir que si estos pedidos cautelares en la mayoría son declarados improcedentes y, en oportunidades es segunda

¹²⁶ Castro Pozo Chavez, Hildebrando. (2003). *Las medidas cautelares en el proceso de amparo y las últimas modificaciones legislativas*. Revista: Actualidad Jurídica, N° 158, Lima: Gaceta Jurídica, pag. 27

instancia quien las concede; pues existe una deficiencia de protección de los derechos demandados y por ende evitar que el daño se vuelva irreparable.

Dicha deficiencia por parte de los operadores de justicia, proteger los derechos constitucionales que respalda el proceso de amparo; sea porque los jueces no hacen una debida evaluación a sus presupuestos y ser atendidos oportunamente, o por parte de los abogados de hacer solicitudes exageradas (generando mayor carga procesal, sin tener lugar alguno de su solicitud).

Asimismo los abogados en mayoría señalan que no se respeta la naturaleza sui generis del instituto cautelar, entonces se deduce que este instrumento se está convirtiendo en inservible para el accionante.

Una vez más, la función de las medidas cautelares está orientada en su carácter instrumental a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de procesos que adolecen de dilaciones indebidas o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la duración ordinaria de los procesos. Aunado a ello, la necesidad de un medio efectivo y rápido, tanto por parte de los abogados (solicitarla) o por parte de los jueces, que intervenga en vanguardia una situación de hecho-ajustada a derecho.

No cabe duda, que la finalidad de esta previsión es disponer las cosas, lo más posible, a fin de que un eventual fallo a favor del afectado en su derecho constitucional, pueda ser plenamente ejecutado. De esta manera “la suspensión del acto reclamado de inconstitucionalidad y que da motivo a la acción (de garantía) (...) garantiza al reclamante la posibilidad de efectivizarse su derecho una vez que sea declarada la procedencia de la acción, ya sea impidiendo la

destrucción del mismo por la continuación de la agresión, ya evitando el agravamiento y deterioro del bien tutelado”¹²⁷.

Las medidas cautelares emitidas en los procesos de amparo tienen por objeto suspender actos que agravan los derechos fundamentales, por los cuales deben ser atendidos inmediatamente así como ser ejecutados¹²⁸.

Por último, es necesario recordar, que si bien toda parte actora goza del derecho fundamental al debido proceso y la posibilidad de recurrir a la tutela cautelar en un proceso de amparo, ello “no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino de la jurisdicción constitucional en la realización de los fines que le son propios¹²⁹”. Es decir, a través una medida cautelar, no se podrá invocar hechos contrarios a la realidad, para fines ilegales o con propósitos fraudulentos, porque ello resulta ser expresión de deslealtad constitucional.

3.2. FALTA DE ESPECIALIZACIÓN DE LOS OPERADORES DE JUSTICIA.

Sin duda alguna, para un debido tratamiento de las medidas cautelares en un proceso de amparo, es indispensable que los operadores o servidores de justicia (jueces y abogados) sean unos estudiosos del tema, ya que, si carecen o desconocen o tienen deficiencia de dicho estudio, esta solicitud cautelar devendría

¹²⁷ Castillo Córdova, Luis. (2004). Comentarios al código procesal constitucional : artículo por artículo. Lima : ARA : Universidad de Piura, pág. 270.

¹²⁸ Véase: temas sobre medida cautelar, en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/072b00004999b269a336f3cc4f0b1cf5/Planteamiento,+temas+1,+2+y+3.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=072b00004999b269a336f3cc4f0b1cf5>, ubicado el 19 de enero de 2015.

¹²⁹ Para mayor estudio, Véase: Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional 0023-2005-PI/TC

en perjudicable para los derechos de las partes del proceso, por consiguiente inservible dicho instrumento cautelar en el proceso de amparo.

3.2.1. MAGISTRADOS DE LOS JUZGADOS Y SALAS CIVILES

De la entrevista realizada a los magistrados, a quienes se le preguntó el grado de especialización que tienen, se obtuvo que: cuatro de ellos sólo gozan del título de abogado; cinco de ellos tienen el grado de Maestría en Derecho Civil; dos magistrados han obtenido el grado de Magister en Derecho Civil y Derecho Constitucional; uno de ellos en Maestría en Derecho Constitucional y cursando estudios en Maestría en Doctorado en Derecho; y uno de ellos tiene Maestría en Derecho Constitucional y Doctorado en Derecho.

Asimismo, se les preguntó si se han capacitado en curso de capacitación en derecho constitucional, se obtuvo que, algunos llevaron diplomados en Derecho Constitucional; talleres, cursos, charlas, fórums.

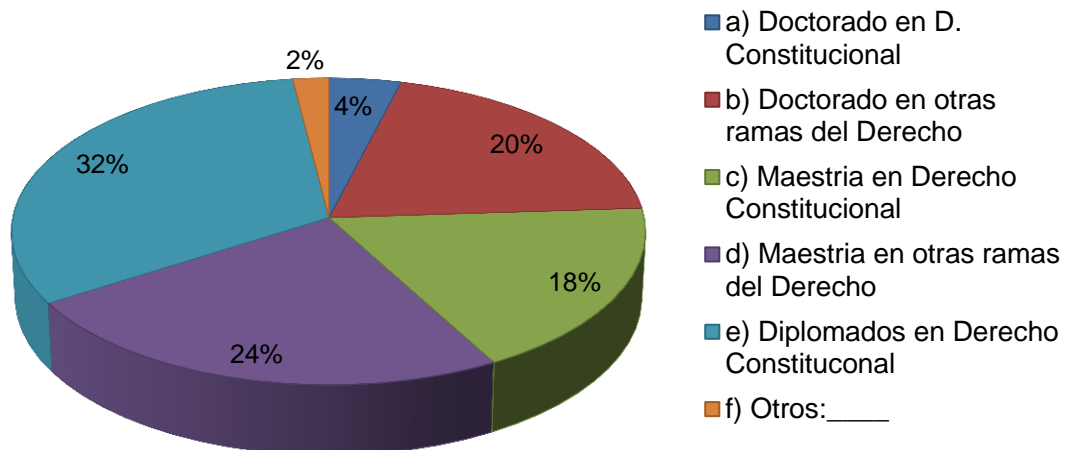
De esta manera, se tiene que, los jueces que conocen la solicitudes de medidas cautelares de un proceso de amparo, no todos están capacitados para el adecuado tratamiento de dichas solicitudes. Lo que se contrasta con los expedientes arriba ejemplificados, pues no realizan una debida motivación de sus resoluciones o hacen una interpretación errónea de la fundamentación fáctica de la solicitud cautelar; sin perjuicio de ello, hay magistrados que si otorgan a este instituto cautelar una debido tratamiento, esto es tienen presente las características propias de la medida cuatelar del proceso de amparo y analizan los presupuestos que deban reunir sea para ser aceptada o rechazada.

Al respecto cabe mencionar lo expuesto en el capítulo precedente, algunos magistrados al resolver las solicitudes cautelares del proceso de amparo, sólo persiguen la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, olvidándose que también debe comprenderse la tutela objetiva de la Constitución, buscando consolar y equilibrar los intereses que le pudieran corresponder a la parte que solicita la medida cautelar, así como aquellos que le pudieran corresponder a la parte demandada.

Dejar de lado los requisitos para aceptar o rechazar una solicitud cautelar, estamos frente a un abuso tanto para la parte solicitante como para el demandado. Siendo ello así, es necesario que el juez que conozca estas solicitudes de medidas cautelares en los procesos de amparo mantenga un perfil óptimo en materia constitucional.

3.2.2. ESPECIALIDAD DE ABOGADOS AVOCADOS A LA DEFENSA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE AMPARO.

Del instrumento aplicado - encuesta, se tiene el siguiente gráfico, que representa un promedio de la especialidad que cuentan los abogados dedicados a la defensa de las medidas cautelares en el proceso de amparo:

GRAFICO N° 4: Especialidad que tienen los abogados

Extraído: mediante la encuesta aplicada en Junio del 2014
 Elaborado: Olinda Noelia del Rocio Rojas Ruiz

Respecto al gráfico N°4, se tiene que el mayor porcentaje, esto es en un 32% los abogados avocados al estudio de la defensa de medidas cautelares en procesos constitucionales como el amparo, cuentan con diplomados en Derecho Constitucional; un 24% tienen Maestrías en otras ramas del Derecho, tales como Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Laboral. Asimismo no se puede dejar de mencionar que existen abogados que presentan Maestrías en Derecho Constitucional, estos son en un 18%, si bien es cierto no es un porcentaje tan bajo, merece reconocer su esfuerzo de especialización del presente tema de investigación; asimismo existen abogados que presentan con estudios en Doctorado en Derecho Constitucional.

Siendo ello así, se tiene que al existir mayor porcentaje de abogados que no presentan estudio especializado en medidas cautelares en el proceso de amparo, está será una causa más del porqué en la actualidad no se da un debido tratamiento a este instinto cautelar, lo que trae consigo que sólo no está funcionando correctamente los magistrados conocedores de este instituto, sino también los abogados, de esta manera desvirtuando, menoscabando la naturaleza sui generis de la medida cautelar en el proceso de amparo es decir no se otorga un debido estudio y/o tratamiento a sus presupuestos que tiene que reunir ya para ser rechazada o aceptada, lo que trae consigo un índice de defectos y excesos en su pronunciamiento de éstas. Pues, no dejando de hacer mención que existen abogados que cuentan un perfil óptimo.

Por último, es oportuno hacer mención: el Tribunal Constitucional en el Expediente Nº 0023-2005-PI/TC ha precisado, "...en el estado actual de desarrollo del Derecho procesal constitucional, los procesos constitucionales persiguen no sólo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también la comprenden la tutela objetiva de la Constitución. Pues la protección de los derechos fundamentales no sólo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los procesos constitucionales", y esta doble naturaleza se efectiviza cuando es ejecutable la

sentencia; efectividad que en muchas oportunidades es custodiada por una medida cautelar.

Asimismo, la mayoría de abogados, opinaron que debería ser un juez especializado en el tema, es decir un juez constitucional quien deberá pronunciarse sobre las solicitudes cautelares, y no sólo en segunda instancia.

3.3. PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO

La propuesta planteada es: En el distrito judicial de Lambayeque se dictan medidas cautelares derivadas de los procesos de amparo, con una tendencia de inobservancia a su naturaleza sui generis y los fines de los procesos constitucionales, debido a la falta de especialización de los operadores de justicia; ya que, existen pronunciamientos escuetos por parte de los jueces sobre la solicitud cautelar, demora para ser concedidas, las solicitudes presentadas no se ajustan a derecho, de esta manera otorgándose un uso y abuso de estas, es decir no existe un debido tratamiento del instituto cautelar en el proceso de amparo. Por consiguiente si mantuviéramos un estudio profundo o especializado del presente tema, participando en diferentes capacitaciones, tendríamos una visión amplia y cumpliríamos con la finalidad de las medidas cautelares en los procesos constitucionales – amparo, la misma que va dirigida a garantizar el desarrollo o resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva. En definitiva se protegería los derechos demandados y se evitaría que el daño se vuelva irreparable, y para ello se necesita un perfil de juez constitucional.

CONCLUSIONES:

- Los presupuestos que debe reunir una medida cautelar son verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión; si no reuniese los presupuestos se rechazara la solicitud cautelar. En un proceso de amparo, está destinada a garantizar la ejecutoriedad de la sentencia, de forma que se impida que la continuación de la situación-aparentemente vulnerante del derecho constitucional del demandante se vea en riesgo de irreparabilidad, por lo que el órgano jurisdiccional realiza un juicio legal prematuro de la sentencia.
- Del estudio realizado, se verifica, que la teoría de la medida cautelar no se aplica debidamente en los pronunciamientos de los jueces en las solicitudes cautelares del procesos de amparo. Ello, debido que, las medidas cautelares han sido expedidas, en la mayoría de los casos por un juez civil o mixto, no por un juez constitucional; generando como bien lo ha expuesto el Tribunal Constitucional y me apoyo su posición, al no poseer la formación constitucional, son jueces que no valoran la doble dimensión subjetiva y objetiva que debe confluir en un proceso de amparo y en una medida cautelar; es decir, la protección de los derechos fundamentales no sólo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado.
- Seguidamente, existe por parte de los operadores de justicia – abogados y jueces- una vulneración a la naturaleza sui generis de las medidas cautelares en el proceso de amparo, ello debido a que: no tienen un

correcto estudio de los presupuestos que debe reunir una medida cautelar, las resoluciones emitidas por el juzgador resultan ser escuetas, no son debidamente motivadas; existe una demora adicional debido a que estas al ser desestimadas en primera instancia son concedidas en segunda instancia (debido a su carácter de urgente y rapidez debió ser concedida en primera instancia –características que la hacen propias al instrumento cautelar); las solicitudes de los abogados no se ajustan a derecho, de esta manera la medida cautelar en el proceso de amparo se convierte en inoperante, ello en razón de, falta de especialización en el tema.

- Se precisa, que no es muy alto los índices que menoscaban a la medida cautelar; eso no quiere decir que no nos preocupe y hagamos conciencia para mejorar ello; y al concluir este estudio opto, que las solicitudes cautelares sean conocidas por un juez constitucional.

RECOMENDACIONES

Debe ser un juez constitucional quien conozca las medidas cautelares de un proceso de amparo en primera instancia. Si bien es cierto, estas solicitudes cautelares al ser denegadas, son conocidas segunda instancia por magistrados de la Sala Constitucional, es decir por jueces constitucionales, que en oportunidades han observado el indebido tratamiento que otorgan los jueces de primera instancia –jueces civiles o mixtos.

El tratamiento que se les otorga a las medidas cautelares se convertirá en considerable preocupación en nuestro Distrito Judicial de Lambayeque, ya que en la actualidad las salas constitucionales han sido desactivas, ante ello estoy en total desacuerdo por las razones antes expuestas en la presente investigación, por ello, se tendría que activar o crear salas y juzgados constitucionales.

Los magistrados al no poseer una formación constitucional, son jueces que no valoran la doble dimensión subjetiva y objetiva que debe confluir en un proceso de amparo y en una medida cautelar; ante ello, el Estado debe realizar cambios y/o modificaciones normativas en mejoras para el debido tratamiento de las medidas cautelares en el proceso de amparo y se deje el uso y abuso de estas; por ende, el filtro, es el juez constitucional, llamado a pronunciarse de las solicitudes cautelares en el proceso de amparo; sin dejar de lado, mayor capacitación de los abogados dedicados a la defensa sobre el presente tema.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD YUPANQUI, Samuel B. (2008). El proceso constitucional de amparo: su aporte a la tutela de los derechos fundamentales. 2a ed., Lima: Gaceta Jurídica.
- ALFARO PINILLOS, Roberto. (2008). Manual teórico-práctico procesos constitucionales de hábeas corpus y amparo / Roberto Alfaro Pinillos. Lima: MOTIVENSA.
- BELSITO, Cecilia. (2005). Tutela judicial efectiva. Argentina: Editorial Jurídica NOVA TESIS.
- BURGOA, Ignacio. (2004). El juicio de Amparo. 40° ed., México: Porrúa.
- BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. Ara editores, Lima, 2001.
- CAIRO ROLDÁN, Omar. (2004). Justicia constitucional y procesos de amparo. Lima: Palestra Editores.
- CALAMANDREI, Piero. (1945). Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- CALAMANDREI, Piero. (1996). Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Buenos Aires: El Foro.
- CALAMANDREI, PIERO. (2005). Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Lima: ARA Editores.

- CARNELUTTI, Francisco. (1971). "Derecho y Proceso". Buenos Aires: Ejea, Tomo I.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2009). Estudios y jurisprudencia del Código procesal Constitucional. Lima: Gaceta jurídica.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2004). Comentarios al código procesal constitucional: artículo por artículo. Lima : ARA : Universidad de Piura,
- FIX ZAMUDIO, Hector. (1985) Ejercicio de las Garantías Constitucionales sobre la Eficacia del proceso. En XI jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Madrid.
- CHAMORRO BERNAL, Francisco. (1994). La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la constitución. Barcelona: Editorial Bosch.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl (2009). Manual de derecho constitucional: derecho, elementos e instituciones constitucionales, Arequipa: ADRUS.
- CHIABRA VALERA, María Cristina. (2012). Constitucional. Lima: Caballero Bustamante.
- GASCON ABELLÁN, Marina. (2004). Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons,
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. (2002). Derecho procesal constitucional; Amparo; doctrina y jurisprudencia. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

- GUTIÉRREZ TICSE, Gustavo. (2007). Todo Sobre el Código Procesal Constitucional: Con las Reformas de la Ley N° 28946. Lima: MFC.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2002). El embargo y otras medidas cautelares: doctrina-jurisprudencia-práctica forense. Lima: Ediciones San Marcos.
- HURTADO REYES, Martín. (2006). Tutela Jurisdiccional Diferenciada. Lima: Palestra Editores.
- KIELMANOVICH, Jorge L. (2000). Medidas cautelares. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- MESÍA RAMÍREZ, Carlos. (2009). Los recursos procesales constitucionales. Lima: Gaceta Jurídica.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. (1996). Teoría general del proceso civil. Bogotá: Temis.;
- MONROY GÁLVEZ, Juan F. (2004). La formación del proceso civil peruano. 2a ed., Lima: Palestra Editores.
- MONROY PALACIOS, Juan José. (2002). Bases para la formación de una Teoría Cautelar. Lima: Editorial Comunidad, pág. 170.
- OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. (2001). El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia. Lima: Palestra Editores.
- ORE GUARDIA, Arsenio. (1996). Manual de derecho procesal penal. Lima: Edict alternativas.

- PRIORI POSADA, Giovanni F. (2006). La Tutela Cautelar: Su Configuración Como Derecho Fundamental. Lima: ARA Editores.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal. (2008). Estudios del derecho procesal. Lima: IDEMSA.
- RUBIO CORREA, marcial. (2005). La interpretación de la constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: PUCP, Fondo Editorial.
- SAGUES, Néstor Pedro. (1988). Derecho procesal Constitucional. Acción de amparo. Buenos aires; 2da edición actualizada y ampliada.
- VARIOS AUTORES. (2013). Las medidas cautelares en el Proceso Civil. Lima: Gaceta Jurídica.

ARTICULOS

- APARICIO ALDANA, Rebeca Karina. (2012). Contenido constitucional del derecho a la debida motivación interna y externa de las resolución judiciales. Revista: Actualidad Jurídica, Tomo 220 - Marzo, Lima: Gaceta Jurídica.
- BAZÁN SEMINARIO, Cesar. (2011). Las crisis de las medidas cautelares en el proceso de amparo. Revista: Gaceta Constitucional, Tomo 38 – Febrero 2011, Lima: Gaceta Jurídica.
- CASTRO BELAPATÍÑO, Ricardo. (2011). Uso y Abuso de las medidas cautelares en procesos de amparo contra el estado peruano. Revista: Gaceta Constitucional, Tomo 38 – Febrero 2011, Lima: Gaceta Jurídica.

- CASTRO POZO CHAVEZ, Hildebrando. (2003). Las medidas cautelares en el proceso de amparo y las últimas modificaciones legislativas. Revista: Actualidad Jurídica, N° 158, Lima: Gaceta Jurídica.
- MESÍA RAMÍREZ, Carlos. (2012). Régimen de las Medidas Cautelares en los Procesos Constitucionales de Tutela de Derechos. Revista: Gaceta Constitucional, N°7, Lima: Gaceta Jurídica.

LINCOGRAFIA

- ABAD YUPANQUI, Samuel B. El Proceso Constitucional de Amparo en el Perú: Un Análisis Desde La Teoría General Del Proceso – Boletín Mexicano de Derecho Comparado, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/85/art/art1.htm> ubicado el 23 de enero del 2014;
- Centro de Capacitación Judicial, en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4NxS6ky8t_wJ:www.justiciasantafe.gov.ar/portal/index.php/web/content/download/11350/50718/file/poder%2520judicial.odt+La+funci%C3%B3n+jurisdiccional+constituye,+pues,+una+funci%C3%B3n+p%C3%BAblica,+esencial+del+Estado,+que+consiste,+b%C3%A1sicamente,+en+resolver+las+contiendas+que+se+susciten+entre+los+individuos+por+violaciones+que+se+hayan+cometido+contra+el+ordenamiento+jur%C3%ADdico+de+ese+Estado,+restableciendo+y+aplicando+dicho+ordenamiento.+Es+por+necesidad&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=pe, ubicado el 13 de diciembre del 2013.

- Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia. “Plan Nacional Para la Reforma Integral de la Administración de Justicia”. Versión Mimeo, 2004; en <http://www.justiciaviva.org.pe/ceriajus.htm> ubicado el 9 de febrero del 2013.
- CUSTODIO RAMÍREZ, Carlos Antonio. Principios y derechos de la función jurisdiccional consagrados en la Constitución Política del Perú, en: <http://img28.xooimage.com/files/4/d/3/principios-y-dere...del-per--108a369.pdf>, ubicado el 1 de febrero de 2014.
- DÍAZ VALLEJOS, José W. (2009). Justicia y Derecho: “Algunos Apuntes sobre la Medida Cautelar”, en: <http://asociacionjusticiayderechouigv.blogspot.com/2009/12/algunos-apuntes-sobre-la-medida.html>, ubicado el 12 de mayo de 2014.
- HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. Medidas Cautelares, en: <http://www.venezuelaprocesal.net/Henriquezmedidas2.pdf>, ubicado el 23 de Julio de 2014.
- JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. Apuntes sobre medidas cautelares, en <http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/Apuntes%20s...pdf>, ubicado el 20 de noviembre de 2012.
- LANDA, Cesar. El Amparo en el Nuevo Código Procesal Constitucional peruano, en:

HTTP://WWW.JURIDICAS.UNAM.MX/PUBLICA/LIBREV/REV/DCONSTL
A/CONT/2005.1/PR/PR19.PDF ubicado 14 de diciembre de 2013.

- Medida Cautelar, en:
<http://elnuevosistemapenal.blogspot.com/2013/07/medidas-cautelares.html> ubicado el 1 de enero de 2014.
- Medidas cautelares, en:
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JOXfzDW4M0J:dspace.unl.edu.ec:8080/jspui/bitstream/123456789/800/1/OSCAR%2520LUIS%2520CASTILLO%2520R.%2520biblioteca.pdf+La+Pignoris+Capio,+era+un+procedimiento+que+consist%C3%ADa+en+la+toma+por+el+acreedor,+como+garant%C3%ADa,+de+determinados+bienes+del+deudor,+con+el+objeto+de+constre%C3%B1irlo+al+pago+de+su+deuda.+Constitu%C3%ADa+una+de+las+acciones+de+la+ley+ejecutiva+del+procedimiento+procesal+de+la+legis+acciones,+consistente+en+la+toma+de+un+objeto,+realizada+por+el+acreedor+de+entre+los+bienes+del+deudor+al+mismo+tiempo&cd=8&hl=es&ct=clnk&gl=pe>, ubicado el 01 de enero de 2014
- NEYRA ZEGARRA, Ana Cristina. Proceso de Amparo. Derechos Protegidos, ¿Protección Frente a Actos Legislativos?, en:
<http://www4.congreso.gob.pe/DGP/CCEP/cursos/2014/20140519-proceso-amparo/exposicion-23-05-2014.pdf> ubicado el 18 de noviembre de 2014.
- PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón. Principios procesales del amparo constitucional, en:

<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/26/hectorpenaranda.pdf>
ubicado 14 de diciembre de 2013.

- Real Academia de la Lengua Española. “jurisdicción”, en:
<http://lema.rae.es/drae/?val=juridiccion>, ubicado el 01 de diciembre de 2013
- SÁNCHEZ LÓPEZ, Luis Alberto. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y/o Debido Proceso; en:
http://historico.pj.gob.pe/cortesuperior/Piura/documentos/ART_CSJ_PIUR_A_TUTELA_120907.pdf ubicado 14 de Febrero de 2014.
- Tribunal Constitucional. Proceso de amparo, en:
<http://www.tc.gob.pe/procesos/accamp.html> ubicado 14 de Febrero de 2014.
- Véase: Temas sobre medida cautelar, en:
<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/072b00004999b269a336f3cc4f0b1cf5/Planteamiento,+temas+1,+2+y+3.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=072b00004999b269a336f3cc4f0b1cf5>, ubicado el 19 de enero de 2015.
- Varios Autores. Guía sobre la aplicación del Principio-Derecho del Debido Proceso en los procedimientos administrativos, en:
<http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Gu%C3%ADa-del-debido-proceso-MINJUS.pdf>, ubicado el 1 de diciembre del 2013.

LEGISLACION

- Constitución Política del Perú de 1993

- Código Procesal Constitucional (LEY 28237)

PRECEDENTES VINCULANTES

- Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional 0023-2005-PI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 2940-2002-HC/TC.,
- Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 02468-2009-PA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 3179-2004-AA/TC,
- Sentencia Del Tribunal Constitucional EXP. N.º 03275-2012-PA/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 04677-2004.

ANEXOS**GUÍA DE ENTREVISTA PARA EL JUEZ CIVIL DE LA CSJL****ENTREVISTADO:****ENTREVISTADOR:****CARGO DEL ENTREVISTADO:**.....**GRADO DE ESTUDIO DEL****ENTREVISTADO:**.....**LUGAR Y FECHA:** Chiclayo, de de 20.....

1. ¿Cree usted que de todas las medidas cautelares dentro de un proceso de amparo son con observancia de su naturaleza sui generis?

2. ¿Consideraría usted que algunos magistrados de este Distrito Judicial se han pronunciado sobre pedido de las medidas cautelares, Sin observancia de su naturaleza sui generis?

3. ¿En qué medida consideraría que las Medidas cautelares en proceso de amparo ingresadas en el año 2013 en los juzgados civiles han sido atendidas sin inobservancia de la naturaleza si generis?

4. Cuál es su grado de especialización: doctorado, magistratura, abogado?

5. Usted se ha capacitado mediante cursos de capacitación en derecho constitucional?

CUESTIONARIO PARA ABOGADOS**NOMBRE DE ENCUESTADO: (anónimo).....****ENCUESTADOR:**

1.- ¿Conoce usted, sobre la naturaleza sui generis de las medida cautelares, características, presupuestos y finalidad que cumplen?

2.- ¿Conoce la importancia que tiene las medidas cautelares en el proceso de amparo?

3.- ¿Considera usted que de todas las medidas cautelares dentro de un proceso de amparo son con observancia de su naturaleza sui generis?

- a) totalmente de acuerdo
- b) de acuerdo
- c) indiferente
- c) en desacuerdo
- e) totalmente en desacuerdo

4.- ¿Considera usted que algunos magistrados de este Distrito Judicial se han pronunciado sobre pedido de las medidas cautelares, Sin observancia de su naturaleza sui generis?

- a) totalmente de acuerdo
- b) de acuerdo
- c) indiferente
- c) en desacuerdo
- e) totalmente en desacuerdo

5.- ¿Que especialización tiene su persona?

- a) Doctorado en derecho constitucional
- b) Doctorado en otras ramas del derecho
- c) Maestría en derecho constitucional
- d) Maestría en otras ramas del derecho
- e) Diplomados en derecho constitucional
- f) Otros: _____

6.- ¿Opine: para el pronunciamiento de las medidas cautelares en proceso de amparo, debería ser: por un juez civil o mixto o por un juez constitucional?
